Welche Erscheinungen kennt das BGB., die den gemeinrechtlichen Naturalobligationen gleichartig oder ähnlich sind?

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät

der

Landes-Universität Rostock

vorgelegt

von

Erich Kuhn

Gerichtsreferendar in Berlin.

AGAD. BIBLIOTHEK KIEL.

Rostock

Carl Hinstorffs Buchdruckerei

1903.

Seinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet

vom Verfasser.

Berlin, im Juni 1903.

Literaturangabe.

Archiv für bürgerliches Recht: Bd. 9 und 12. Berlin 1891 und 1897.

Archiv für civilistische Praxis: Bd. 73 und Bd. 74. Freiburg im Br. 1888.

Arndts, Pandekten, 12. Auflage. Stuttgart 1883.

Bähr, Das BGB. und die Zukunft der deutschen Rechtsprechung.

Bekker, Die Naturalobligationen im Jahrbuch des gemeinen Rechts, Bd. 4, No. 13 und 14.

Bekker und Fischer, Recht und Rechtsschutz in den Beiträgen zur Erläuterung des Entwurfs des BGB., Heft 6.

Binger, Im sächsischen Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 6.

Brinz, Pandekten, 2. Auflage. Erlangen 1879.

Brinz, Kritische Blätter civilistischen Inhalts, Heft No. 3.

von Buchka, Vergleichende Darstellung des BGB. und des gemeinen Rechts. Berlin 1899, 3. Auflage.

Burckhard, Über den Begriff der Schenkung in der Festgabe für Ernst Immanuel Bekker.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des BGB., 3. Auflage. Jena 1900.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 4. Auflage. Stuttgart 1898.

Christiansen, Zur Lehre von der naturalis obligatio und condictio indebiti. Kiel 1844.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1. Tübingen und Leipzig 1900.

Dernburg, Pandekten, 5. Auflage. Berlin 1896.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussens Bd. I, 1, 1. uud 2. Auflage. Halle 1899.

Dernburg, Pr. Pfandrecht, 2. Auflage.

Eccius, In den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 42.

Eck, Vorträge über das Recht des BGB., 2. Auflage. 1898.

Eisele, In Iherings Jahrbüchern. Neue Folge, Bd. 31.

Endemann, Einführung in das Studium des BGB., Bd. 1, 7. Auflage. Berlin 1900.

Enneccerus - Lehmann, Das bürgerliche Recht. Marburg 1898.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofs in Bayern, Bd. 9.

Fischer - Henle, Kommentar zum BGB.

Förster - Eccius, Preussisches Privatrecht, 7. Auflage.

Frenzel, Über die Entstehung des römischen Rechtsbegriffs naturalis obligatio. Leipzig 1897.

Gans, Beiträge zur Revision der preussischen Gesetzgebung. Berlin 1832.

Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht. 1889.

Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht, N. F., Bd. 13.

Hachenburg, BGB., Vorträge, 2. Auflage. 1900.

Hanausek, Gutachten XII des 20. deutschen Juristentages.

Hellmann, Vorträge. Freiburg 1897.

Hölder, Im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 73.

Jakobi, Die sittliche Pflicht im BGB. aus der Jubiläumsausgabe für Heinrich Dernburg.

Ihering, Zweck im Recht, 3. Auflage.

Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen, römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 7.

Kohler, Zwölf Studien zum BGB. 1900.

Kohler, Leitfaden des deutschen Konkursrechts. Stuttgart 1893.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB., eine dogmatische Einführung in das Studium des bürgerlichen Rechts. 1898 und 1899.

Kuntze, Die Obligationen im römischen und heutigen Recht. 1886.

Levy, Die naturalis obligatio im BGB., Dissertat. Jena 1901.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Auflage. 1900.

Meisner, Kommentar zum BGB., Schuldverhältnisse. 1899.

Meyer, Caesar, Die Naturalobligationen im BGB. Rostock 1901. Dissertat.

Meyer, Eugen, Der römisch-rechtliche Begriff der Naturobligation im Schweizer Obligationenrecht, Dissertat. Zürich 1892.

Motive zum BGB.

Mühlenbruch, Pandekten.

Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.

Pernice, Labeo III, 1. Abteil. Halle 1892.

Planck, Kommentar zum BGB., Bd. 1, 2. Auflage. Berlin 1898. Bd. 2, 1. und 2. Auflage. Berlin 1900.

Protokolle zum BGB.

Puchta, Institutionen, 10. Auflage.

Puchta, Pandekten, 10. Auflage.

Reatz, Die zweite Lesung des Entwurfs. Berlin 1894.

Regelsberger, Pandekten I. Leipzig 1893.

Rehbein, Das BGB. mit Erläuterungen, Allgemeiner Teil. Berlin 1899.

Savigny, Obligationenrecht I. Berlin 1851.

Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Berlin 1841.

Scherer, Kommentar zum BGB., Schuldverhältnisse. Erlangen 1899.

Scheurl, Die römischen Naturalobligationen in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 7.

Schollmeyer, Kommentar zum BGB., Schuldverhältnisse.

Schwanert, Die Naturalobligation des römischen Rechts. Göttingen 1861.

Seeler, Verjährung, im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 15. S. 112 ff.

Seufferts Archiv, Bd. 48.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1898.

Stargard, Klage und Anspruchsverjährung, Dissert. Erlangen 1898.

Thöl, Lehrbuch des Handelsrechts, Bd. 1 6. Auflage. Leipzig 1879.

Ubbelohde, In Iherings Jahrbüchern, Bd. 38, N. F. Bd. 2. N. 216 ff. über die Naturalobligation im BGB.

Vangerow, Pandekten, 7. Auflage. Marburg und Leipzig 1863.

Wächter, Pandekten. Leipzig 1880.

Walter, Deutsches Privatrecht. 1884.

Weber, A. D. Systematische Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit, 5. Auflage. 1825.

Wendt, Pandekten. Jena 1888.

Wilda, Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. 8.

Windscheid - Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechtes, 8. Auflage. 1900.

Gedankengang.

1. Einleitung.
2. Dogmatischer Teil.

Kennt das BGB. Erscheinungen, die den gemeinrechtlichen Naturalobligationen gleichartig oder ähnlich sind?

A. Die naturalis obligatio des gemeinen Rechts.

§ 1. a) Begriff und Wesen derselben.

§ 2. b) Die Hauptanwendungsfälle.

B. Die in Betracht kommenden Erscheinungen des BGB.

§ 3. Kennt das BGB. die nat. obligatio? Allgemeines.

I. Unvollkommene Schuldverhältnisse

§ 4. a) Die verjährte Forderung,

§ 5. b) Spiel, Wette, Differenzgeschäft,

§ 6. c) Versprechen eines Ehemäklerlohnes.

§ 7. II. Ethische Pflichten

a) im allgemeinen,

b) die Ausstattung insbesondere,

c) die nicht als sittliche Pflicht auffassende Anstandsschenkung.

§ 8. III. Auszuscheidende Fälle.

a) Der Mangel der gesetzlich vorgeschriebenen Form.

α) im Fall des § 313 BGB.
β) „ „ „ § 518 „
γ) „ „ „ § 766 „

b) Die Verbindlichkeit des beschränkt Geschäftsfähigen im Fall des § 110 BGB.

c) Die Verpflichtung zur Leistung einer unverhältnismässig hohen Vertragsstrafe.

d) Die vorzeitig erfüllte betagte Verbindlichkeit.

e) Das turpiter promissum gemäss § 817 BGB.

f) Der Ersatzanspruch des Besitzers für Verwendungen.

g) Das Verlöbnis.

3. Anhang.

Findet sich die naturalis obligatio auch in anderen Reichsgesetzen?

§ 9. A. Haftet der Kridar aus den im Zwangsvergleiche erlassenen Forderungen noch naturaliter?

§ 10. B. Die in der Litteratur vielfach als Naturalobligation bezeichnete Verpflichtung des Schuldners aus einem präjudizierten Wechsel.

§ 11. C. Bleibt nach rechtskräftiger Aberkennung des Anspruchs eine naturalis obligatio übrig?

Welche Erscheinungen kennt das BGB., die den gemeinrechtlichen Naturalobligationen gleichartig oder ähnlich sind?

Das BGB. schützt in der Regel alle von ihm anerkannten Rechte durch eine Klage, ohne im einzelnen Falle den gewährten Schutz ausdrücklich auszusprechen; dies gilt namentlich auch für die obligatorischen Rechte. Solchen klagbaren, vollkommenen Obligationen gegenüber statuiert es in einigen Fällen von dem allgemeinen Prinzip Ausnahmen, indem es, analog dem gemeinen Recht, Forderungen anerkennt, denen es zwar aus den verschiedensten Gründen die Klagbarkeit versagt, aber trotzdem das Wesen einer Forderung und gewisse rechtliche Wirkungen nicht abspricht.

Dieses Rechtsgebilde stellt sich nicht als eine Neuschöpfung des BGB. dar; nein, wir finden dasselbe schon in den römischen Quellen in der Gestalt der „naturalis obligatio" wieder.

Der Beantwortung der Frage nun, welche Erscheinungen des BGB. den gemeinrechtlichen Naturalobligationen gleichartig oder ähnlich sind, glauben wir am besten darin gerecht zu werden, wenn wir zunächst feststellen, was das Wesen der gemeinrechtlichen Naturalobligation sei und worin ihre juristische

Bedeutung liege, endlich in welchen Fällen sie ihr Dasein äussere.

Erst, nachdem wir den rechtlichen Begriff und die Konsequenzen aus demselben festgestellt, können wir uns mit der weiteren Frage beschäftigen, welchen Charakter und welche Stellung im System dieses gemeinrechtliche, auf römischer Basis sich aufbauende, Institut im BGB. hinfort noch hat; und wie aus der gemeinrechtlichen und heutigen Auffassung über das Wesen der Naturalobligation die Gleichartigkeit oder Ähnlichkeit derselben in beiden Rechten sich bestimmen lässt.

Nicht allein die historische Entwickelung der Naturalobligation, vielmehr ihr juristisch bedeutsames Wesen durch diese Betrachtung darzulegen, ist unsere Aufgabe, um dadurch für die spätere Darstellung des BGB. Stützpunkte wertvoller Natur zu gewinnen.

Dogmatischer Teil.

A. Die naturalis obligatio des gemeinen Rechts.

§ 1.

Begriff und Wesen derselben.

Das corpus juris enthält keine Legaldefinition für die Naturalobligation. Eine direkte Erklärung des Ausdruckes besitzen wir demnach nicht, nur der Unterschied zu der eigentlichen, vollkommenen Obligation, „obligatio civilis", wird uns gegeben; im übrigen setzen die Quellen die Kenntnis des Begriffs „naturalis obligatio" voraus. Das Charakteristikum, das rechtlich in Bedeutung kommt, ist das Fehlen der actio,[1] jenes agressiven Teils jedes rechtlichen Anspruchs; dies erwähnen allein die Quellen.

Neben „naturalis obligatio" und „naturaliter obligare" (l. 13 pr. D. 12,6 und l. 50 § 2 D. 15,1) sprechen sie auch von einem „natura debitum" (l. 60 D. 46,1) (l. 6 § 2, l. 7 l. 16 § 3 D. eod., l. 14 § 1 D. 20.1) und „natura debere" (l. 5 § 2 D. 46,3); dagegen findet sich an keiner Stelle der technische

1) So l. 16 § 4 D. 46,1. Vgl. Schwanert a. a. O. S. 83 ff., Windscheid Pandekten II S. 122 Anm. 2.

Ausdruck „naturalis creditor". Die Subjekte der naturalis obligatio heissen „naturalis debitor" (l. 16 § 4 D. 46,1) und „is cui natura debuerit" (l. 49 D. 36,1), auch „cui naturaliter debetur".[1]

Werfen wir zunächst einen Blick auf den geschichtlichen Entwickelungsgang der Naturalobligation, so finden wir dieselbe schon zu Anfang der Kaiserzeit in den Schriften der Juristen erwähnt. Eine lange Geschichte scheint dieselbe gehabt zu haben, hing sie doch mit grossen Umgestaltungen in der sozialen Weltanschauung des Altertums zusammen. Zur Zeit der Republik war sie anscheinend den Juristen noch nicht zum Bewusstsein gekommen; am Ende der klassischen Jurisprudenz konnte sie als ein vom Recht anerkannter Begriff angesehen werden. Labeo war auf diesem Gebiete bahnbrechend, vielleicht auf Grund von Ciceros Gedanken.[2] Von den römischen Juristen kann vor allem Julian als der Begründer und geistige Schöpfer der naturalis obligatio bezeichnet werden.[3] In den Pandekten finden wir seinen Namen mit der Lehre der Naturalobligationen eng verknüpft; er wird in den Stellen als Autorität genannt und anerkannt, in welchen die naturalis obligatio in Frage steht. So stammt auch die vielbestrittene l. 16 § 4 D. 46,1 von Julian:[4]

---

1) vgl. Schwanert S. 168 Anm. 34.
2) Kuntze, Exkurse über d. röm. Recht S. 41—42 u. 373.
3) Schwanert S. 3.
4) Schon Savigny OR. I, S. 40 und Pernice Labeo III, S. 253 weisen auf diese bedeutsame Stelle hin.

„Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia **repeti non potest**;[1] nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, **per abusionem** intellegi possunt debitores et qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse."

Hier zollt Julian der naturalis obligatio trotz ihrer Klaglosigkeit, wenn auch nicht in vollem Masse, Anerkennung. Er sieht in ihr eine Art von Obligation, „Abusivobligation", die jedoch immer die soluti repetitio, mithin die condictio indebiti (angenommen, dass alle Voraussetzungen der condictio indebiti vorliegen), ausschliesst.[2] Die soluti retentio der Naturalschuld begründet Julian folgendermassen. Er sagt, man könne nur **„uneigentlich"** („minus proprie") davon sprechen, dass Naturalschuldner etwas schulden, **„aussergewöhnlich"** („per abusionem") können sie aber doch wie Schuldner angesehen werden, und es kann von denen, welche von ihnen Geld empfangen haben, gesagt werden, sie hätten ein „debitum", **„eine Schuld"** erhalten.

Um den wahren Sinn dieser Quellenstelle richtig verstehen zu können, müssen wir zu unserer Betrachtung noch l. 16 § 3 D. 46,1 mit hinzuziehen; erst im Zusammenhange mit ihr wird uns die weitere

---

1) So auch Ulpian in der l. 10 D. XXXXIIII, 7.

2) Schon Neratius hat in der l. 41 D. XII, 6. einen gleichen Gedanken ausgesprochen: „repetitio est, quia nec natura debet".

rechtliche Konsequenz aus der Stelle einleuchten. l. 16 § 3 D. 46,1 lautet:

„Fidejussio accipi potest, quoties est aliqua obligatio civilis et naturalis, cui applicetur."

Diese Stelle besagt uns, dass sowohl für klagbare als auch klaglose Obligationen die fidejussio zulässig sei. Im § 4 derselben lex sucht Julian die Möglichkeit einer Bürgschaft für die Naturalobligation noch eingehender darzulegen. Diese komme nicht nur dann in Betracht, wenn irgend eine actio auf Grund derselben zustehe, sondern auch wenn nach geschehener Zahlung die soluti retentio gegeben sei.

Schwanert und noch andere, so z. B. Bekker, sehen in der Quellenstelle zugleich ein Argument dafür, dass bei dem äusserst schwankenden Sprachgebrauche der Quellen unter obligationes naturales sowohl mit Klage ausgestattete, als auch klaglose Obligationen zu verstehen seien.[1] Marcian dagegen hebt im fr. 5 pr. D. 20,1 den Gegensatz zwischen klagbaren und klaglosen Obligationen deutlich hervor, indem er letztere ausdrücklich „tantum naturales obligationes" nennt,[2] und gerade sie in den weiteren Kreis unserer Erörterungen zu ziehen, ist unsere Aufgabe. Ihre Existenz und rechtliche Anerkennung haben wir durch die Interpretation

1) Windscheid (S. 166 Anm. 11) will die l. 16 § 4 D. 46,1 anders deuten: „Wenn bestimmt werden soll, ob eine naturalis obligatio vorhanden oder nicht, so darf man sich nicht darauf beschränken, zuzusehen, ob eine actio, sondern man muss auch darauf sehen, ob soluti retentio stattfindet."

2) Klagbare Obligationen werden mit dem Ausdruck nat. obl. z B. in folgenden Fällen bezeichnet: l. 15 pr. D. 12,6; l. 5 pr D 26,8; l. 126 § 2 D. 45,1. (Vgl. hierzu Schwanert §§ 7 ff, Arndts § 217, Savigny O-R. I S. 38 ff.)

der Quellenstelle bewiesen. Neben der civilis obligatio nahmen sie einen Platz im System des römischen Rechts ein, sie waren ein vom positiven Recht anerkannter juristischer Begriff.[1]

Über die Natur der naturalis obligatio entspann sich seit alters her ein lebhafter Streit unter den Juristen. Eine Obligation im technischen Sinne schien sie nicht zu sein, denn es fehlte ihr die actio. Man kann nicht von einer Pflicht des Schuldners zu einer vermögenswerten Leistung an den Gläubiger sprechen; denn „debitor intellegitur is, a quo invito exigi pecunia potest".[2] Liegt es doch stets im freien Belieben des Naturalschuldners seine Schuld zu erfüllen. Ist somit die actio eigentlich ein essentiale obligationis,[3] dass man actio und obligatio oft identifizierte;[4] so musste der Wissenschaft die Lösung der wichtigen Frage anheimgestellt werden, inwieweit man hier von einer obligatio noch sprechen könnte. Das juris vinculum sei durch das Fehlen der actio gänzlich gelöst;[5] deshalb spricht auch Papinian in l. 95 § 4

1) Frenzel S. 2: „Die naturalis obligatio hat im Rcehtssystem einen Platz. Sie nimmt als Unterart einer obligatio überhaupt ihre Stelle ein." Julianus fr. 16 § 3 fidejuss. 46, 1, Ulpianus fr. 6 § 2 eodem.

2) l. 108 D. de Verb Sign.

3) Wächter, Pandekten II § 180 S. 323 sagt zwar: „Das Moment der Klagbarkeit ist überhaupt bei einem Rechte nicht etwas Wesentliches, also auch nicht bei Obligationen, so wichtig es auch ist."

4) so obligationem acquirere für actionem acquirere. l. 9 § 3 D. 12,2; l. 2 § 8 D. 18,4.

5) Bekker, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 9 S. 400 nimmt nicht eine Obligation, wohl aber ein rechtliches Gebundensein an.

D. XLVI,3 von einem vinculum aequitatis.[1] Und doch sprechen wieder viele Momente dafür, dass die Naturalobligation eine wirkliche Obligation ist, weil sie zuweilen mit Ausnahme der Klagbarkeit alle rechtlichen Wirkungen einer obligatio civilis haben kann. Auch ihr Inhalt (Leistung auf Vermögenswert) stimmt mit dem einer vollgültigen Forderung überein.

Diese an sich in Widerspruch stehenden rechtlichen Momente der naturalis obligatio haben zu den verschiedensten Versuchen geführt, das Wesen der Naturalobligation aus einem einheitlichen Gesichtspunkte zu erklären, für den die Quellenstellen in ihrer Mannigfaltigkeit keinen festen Anhalt bieten.

Die meisten dieser Erklärungsversuche knüpfen sich eng an das Wort „naturalis" an, und glaubten auf diesem Wege die gewünschte Erklärung über Entstehung und Wesen derselben zu finden; jedoch mit wenig Erfolg. Trotz der verschiedensten Formulierungen, trotz erschöpfender, unter sich abweichender Aufzählung der einzelnen Fälle der naturalis obligatio ist im Grunde die Theorie, an welcher alle Generationen mitgebaut und mitgezimmert, von Accursius bis auf den heutigen Tag, die nämliche geblieben.[2] Vom dreizehnten bis siebzehnten Jahrhundert suchte man die naturalis obligatio aus dem jus naturale herzuleiten. In der Glosse wird die obligatio auf zwei radices zurückgeführt. Die actio sei eine Schöpfung des

1) Das heisst nicht etwa, die „aequitas" sei die Quelle der naturalis obligatio, sondern die Erfüllung hängt von der Billigkeit des Schuldners ab.

2) Schwanert, §§ 2 ff

jus civile, sie sei aus der radix civilis geschaffen, während alle anderen Wirkungen einer Obligation sich aus der naturalis radix, dem jus naturale, ergeben.

Über die Auffassung des jus naturale, der natürlichen Rechtsordnung, herrschte auch keine Einigkeit. Während Weber[1] das **„natürliche Recht"** darunter versteht, sehen Savigny[2] und andere darin das **„jus gentium".** Sie berufen sich hierbei auf l. 84 § 1 D. 50,17:

> „Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus".

Dernburg[3] verwirft mit Recht diese Ansicht, denn die Quellenstelle besagt nur: „die Obligationen des jus gentium gelten zugleich als naturale". Als einer nur historischen Erscheinung müsste demnach der naturalis obligatio die Existenzberechtigung im heutigen Recht abgestritten werden.[4] Kuntze[5] versteht unter jus naturale das Recht, das wir gewissermassen mit **„Sklavenrecht"** bezeichnen können, das also die Freien mit den Sklaven gemeinsam haben. Brinz[6]

---

1) A. D. Weber, Systematische Entwickelung der Lehre von der nat. Verbindlichkeit, 5. Aufl. 1825 § 4.

2) Savigny, Obligationen I, S. 22 ff., Puchta Institutionen § 268 S. 335, Arndts Pandekten § 217 Anm. 7 S. 407.

3) Dernburg, Pandekten § 4 Anm. 2.

4) Zu diesem Ergebnis kommt Scheurl. (Iherings Jahrbücher Bd. 7 n. 6 S. 352/53). Er spricht der n. o., als einem spezifisch römischen Institut, jede Anwendung für das heutige Recht ab.

5) Kuntze § 44 S. 204.

6) Kritische Blätter civilist. Inhalts Heft 3 S. 45.

und zunächst auch Scheurl[1] suchen die Erklärung des Wortes „naturalis“ auf der allgemeinen ratio „**der aequitas**“ aufzubauen. Dass die Quellen in diesem Sinne vielfach von einer obligatio naturalis reden, besonders wenn sie eine civilis obligatio als naturalis bezeichnen, nimmt auch Windscheid an; die Naturalobligation aber stets in diesem Sinne aufzufassen hält er für undenkbar, namentlich, wenn gerade die Unvollkommenheiten der Obligation damit ausgesprochen werden sollen.[2]

In neuerer Zeit ist es vor allem Schwanert gewesen, der nicht ausserhalb des positiven Rechts[3] die Unvollkommenheit der naturalis obligatio herzuleiten suchte. Er stellte eine neue Theorie auf, indem er die Fälle des „naturaliter debere ohne obligatorische causa“[4] nicht als Naturalobligation auffasste; und ferner zur Begründung einer Naturalobligation, ebenso wie bei der Civilobligation, eine obligatorische causa annahm.[5] Ob nun im konkreten einzelnen Falle diese eine Civil- oder Naturalobligation entstehen lasse, sei von anderen der causa hinzutretenden Umständen

1) Scheurl, kritische Zeitschrift Bd. 1, Heidelberg 1853 S. 501 ff. Später modifizierte Scheurl seine Ansicht. (Iherings Jahrb Bd. 7 S. 319).

2) Windscheid Pandekten II, § 287 S. 162.

3) Im Mittelalter wurde das gänzlich verkannt. Scheurl in Iherings Jahrb. VII S 348 sagt mit Recht: „Nur da könne man eine naturalis obligatio annehmen, wo ihre Existenz rechtlich feststeht.“

4) Schwanert § 9 ff.; Wendt, Pandekten S. 442 Nr. 4 und Puchta, Institutionen § 268, scheiden in ähnlicher Weise die Anstandspflichten aus der Gruppe der Naturalobligationen aus. Dies tat auch Savigny schon. (O-R I §§ 9 ff.).

5) Schwanert § 287 S. 157 ff.

abhängig. Begründet nun der Obligationsakt durch irgend ein Hindernis keine Obligation, so werde dennoch die hier entstehende Naturalobligation nicht gänzlich vom Rechte ignoriert.

Windscheid ferner unterscheidet zwischen einer juristischen und **natürlichen Auffassung.**[1] Diese könnten sich decken, doch sei dies nicht notwendig, oft auch nicht der Fall. Um nun die natürliche Auffassung zu bezeichnen, hätten die römischen Juristen den Ausdruck „naturalis" im Gegensatz zu „civilis" gewählt.

Dernburg[2] endlich meint, es handle sich bei der Naturalobligation um einen **Gegensatz zwischen der bürgerlichen Gesellschaft und dem Staate.** Jene achte gewisse Verbindlichkeiten mit Rücksicht auf Kredit und Ruf, ja aus Sitte und Anstandsgefühl, denen aber der Staat aus rechtspolitischen Gesichtspunkten die Klage nicht gäbe; doch gewisse Wirkungen ihrer Existenz respektiere auch er.

Von allen hier erwähnten, so kontroversen Erklärungsversuchen ist Dernburg's Ansicht insofern von praktischer Bedeutung, als sie eine Brücke schlägt zwischen dem alten und neuen Recht, und somit auch für unsere Betrachtung der mit der Naturalobligation verwandten Erscheinungen des BGB. berücksichtigt werden kann.

Doch auch hiermit lässt sich meines Erachtens die Einheitlichkeit der Naturalobligation nicht be-

1) Ebenso kommen der Gegensatz zwischen dem Natürlichen und Juristischen in Verbindung von naturalis und civilis possessio vor.

2) Dernburg, Pandekten II § 4 S. 9.

gründen. Man wird wohl den Juristen Recht geben müssen, die behaupten, die einzelnen Fälle der Naturalobligation zu generalisieren wäre zweck- und erfolglos; dass ihr die Klage versagt sei, habe im einzelnen Falle Gründe besonderer Art.

So sagt Pernice[1] nach meiner Ansicht mit Recht, dass im Sinn der römischen Juristen die Klagbarkeit der Obligation wesentlich war, es aber dennoch klaglose, sogenannte Naturalobligationen gegeben habe. Sie beruhten nicht auf dem jus gentium oder der Billigkeit; sondern sie seien aus dem positiven Rechte entstanden. Dieses nun hätte einigen civilrechtlichen Obligationen die rechtliche Wirksamkeit abgesprochen, aber nicht gänzlich; andererseits einige civilrechtlich ungültige Obligationen wirksam gemacht, aber nicht vollständig. Beide Klassen im römischen Recht unter einen Gesichtspunkt zu bringen, sei unmöglich.

So kommen wir nur zu dem Ergebnis, dass die Naturalobligation vom Rechte in einzelnen Fällen und zwar aus den verschiedensten Gründen anerkannt ist. Ob sie nun von Anfang an als naturalis obligatio entstehe,[2] oder als civilis obligatio entstehe, als naturalis aber übrig bleibe, ist ohne Belang; darin stimmen sie aber alle überein, dass sie, wie Brinz[3] sich kurz und treffend fasst, **„zahlbar nicht klagbar"** (nach Scheurl anerkennbar doch klaglos), sind.

---

1) Pernice, Kollegheft.

2) Vgl. hierüber Brinz, Krit. Blätter III S. 41 ff.

3) Brinz, Krit. Blätter III S 48; auch Schwanert teilt dieselbe Ansicht S. 222. Windscheid Bd. 2 § 288 Anm. 5 will die Brinz'sche Formel nicht vollständig anerkennen, denn nicht alle Wirkungen der n. o äusserten sich in der Erfüllung.

Was die übrigen Wirkungen der Naturalobligation angeht, so kann sie dieselben in mehr oder minderem Masse wie eine vollgültige Obligation äussern, sofern das Gesetz ihr nicht Grenzen der Wirksamkeit gebietet. Die Ansicht der herrschenden Meinung ist, dass die actio den einzelnen Naturobligationen trotz ihrer sonstigen Verschiedenheiten stets fehlt; die formelle Klagbarkeit ist deshalb nicht genommen. Ob der Mangel der actio von Amts wegen zu berücksichtigen sei, wie z. B. beim Pupillen, oder exzeptionsweise wie bei dem senatus consultum Macedonianum geltend gemacht werden müsse, das ist Frage des konkreten Falles. Das Hauptcharakteristikum der Naturalobligation, nämlich das Fehlen der actio kennzeichnet sehr treffend die Paraphrase von Theophilus ad § 1 J. 3,20:

> „naturales sunt, quae neque actionem pariunt neque condemnationem inferunt. Duo tamen insignia inveniere licet, si quod solutio facta repetitionem non recipiat et quod fidejussores dati et natura et lege teneantur".

Was „actio" nun bedeutet, gibt wieder zu weiterem Streit Veranlassung. Schwanert[1] identifiziert actio mit Forderungsrecht, kommt also zu dem weiteren Ergebnis, dass die Naturalobligation eine Obligation

---

1) Schwanert a. a. O. S. 7 ff. und S. 165.
Im Gegensatz zu Schwanert übersetzt die herrschende Lehre actio mit Klage und nennt daher die naturalis obligatio eine Obligation, der die Klage fehlt, also klaglose Obligation. So z. B. Dernburg, Pand. II § 4.

ohne Forderungsrecht sei. Scheurl[1] erkennt nicht einmal eine Obligation an und sucht die solutio so zu erklären, dass eine in der Erfüllung steckende Anerkennung die naturalis obligatio als ein juris-vinculum rechtfertige.[2] Doch auf diesen Streit näher einzugehen, würde an dieser Stelle zu weit führen.

Haben wir die negative Wirkung der Natural-obligation, nämlich das Fehlen der actio festgestellt, so können wir bei der Betrachtung der positiven Wirkung nicht von einer für alle Fälle gleichen Regel ausgehen, müssen vielmehr im einzelnen den rechtlichen Gehalt der n. o. ermitteln. In dem einen finden wir bald mehrere Wirkungen vereint, in dem anderen nur eine allein.[3] Dies betonte namentlich schon Schwanert, und Windscheid sieht hierin das Hauptverdienst seines Buches.[4] Die indirekte

1) Scheurl in seiner Rezension über Schwanerts Nat. Obl. in der krit. V. I. Schr. VI S. 459 ff. (517) und in Iher Jahrb. VII, S. 318 ff.

2) Christiansen, zur Lehre der naturalis obligatio u. condictio indebiti Kiel 1844, erkennt der Natural-Obligation keine rechtliche Wirkungen an; er lässt dieselben lediglich durch den freien Willen des Schuldners entstehen So Seite 17: „Bei der Naturalobligation aber scheint das Eintreten des natürlichen Habens als ein zufälliges, nicht von der Willkür des Kreditors abhängiges Faktum, welches vielmehr durch eine willkürliche Handlung des Debitors oder einen zufälligen Umstand bewirkt werden muss. Ein Forderungsverhältnis aber, von dem es, solange es besteht, juristisch ungewiss ist, ob es sich jemals als Forderungsverhältnis äussern kann, kann unmöglich juristisch als ein solches bezeichnet werden."

3) Vgl. Schwanert a. a. O. S. 3 u. 483.

4) Windscheid Bd. 2 § 288, Anm. 4: „Für jede natürliche Verbindlichkeit muss ihr rechtlicher Gehalt besonders bestimmt werden."

Wirkung der Naturalobligation nun liegt vor allem in der soluti retentio.[1] Sie äussert sich darin, dass die auf Grund der naturalis obligatio erfolgte Leistung als wahre solutio angesehen und vom Rechte anerkannt wird. Daher ist die wissentliche Erfüllung einer Naturalobligation keine Schenkung, und dadurch unterscheidet sie sich gerade von der wissentlichen Leistung eines indebitum, die zwar auch nicht kondizierbar ist, doch aus **dem** Grunde, weil sie als Schenkung[2] gilt.[3] Selbst wenn die Leistung irrtümlich in Unkenntnis der Klaglosigkeit erfolgte oder der Schuldner civiliter obligiert zu sein glaubte, bleibt die condictio ausgeschlossen; denn „sed si sciens non debere solvit, cessat repetitio" (l. 1 § 1 D. XII, 6);[4] [5] Die Zahlung einer vermeinten,

---

1) In der soluti retentio hat man ganz besonders das Charakteristikum der nat. obligat. gesucht, so z. B. Christiansen. Schon Theophilus stellt es als ein „insigne", ein Kennzeichen der nat. obligat. hin, dass dieselbe solutio repetitionem non recipiat. Theophilus in der Paraphrase ad § 1 I. 3,20.

2) Hierbei berufe ich mich auf l. 53 D. 50, 17: „Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est." Doch ist dies nicht unbestritten. Vgl. z. B. Dernburg, Pandekt. II § 141 Anm. 18.

3) Auch folgender Fall beweist, dass die Erfüllung einer natürlichen Verbindlichkeit wahre solutio ist.

Vermacht ein Naturalgläubiger einem Naturalschuldner etwas unter der Bedingung, dass er die Naturalobligation erfülle, so gilt die Leistung nicht als condicionis implendae sondern solvendi causa. Vgl. l. 21 pr. D. 35,2.

4) l. 16 § 4 D. 46,1; l. 60 D. 40,1; l. 41 D. 12,6.

5) Der Irrtum, sagt Schwanert (S. 190) kommt nicht in Betracht, weil der Zahlende „agnovit debitum naturale" (l. 64 D. 12,6) d. h. weil auch trotz des Irrtums in der Zahlung stets eine Erfülluug des naturale debitum enthalten ist.

aber nicht bestehenden Schuld begründet stets die condictio indebiti; natürlich unter der Voraussetzung, dass die Zahlung zum Zwecke der Schuldtilgung erfolgte, während die vermeinte Schuld nicht bestand und der Schuldner sich im entschuldbaren Irrtum befand. Dagegen ist die Rückforderung einer irrtümlich geleisteten Naturalschuld immer ausgeschlossen.

Während Dernburg[2] diese Rechtsauffassung grundsätzlich teilt, weist er dennoch auf Ausnahmen von der allgemeinen Regel hin, dass die condictio einer aus Irrtum erfüllten Naturalschuld zuweilen trotzdem gegeben sei. Hierbei denkt er an die Naturalobligation aus den Geschäften des Pupillen, die, falls sie die naturalis obligatio erfüllen, die Leistung dennoch kondizieren können.[3] Diese Ausnahme ist aber meines Erachtens nur eine scheinbare; sie hat darin ihren Grund, dass der Unmündige seine Rechtslage ohne seines Tutors Wissen nicht verschlechtern kann.[4] Ist dies jedoch der Fall, wenn er eine Naturalobligation erfüllt. Nur aus diesem Grunde allein ist die solutio fehlerhaft und daher die Rückforderung gerechtfertigt.

Eine weitere Wirkung der Naturalobligation ist die, dass sie zuweilen zur Kompensation dienen kann.

1) Die Quellen folgen häufig aus dem Vorhandensein einer nat. oblig. ohne weiteres die soluti retentio. Die soluti repetitio bleibt demnach ausgeschlossen, z. B. l. 13 pr. D. 12,6: naturaliter etiam servus obligatur et ideo . . . . repeti non poterit. l. 19 pr. eod. l. 38 § 1 eod u. s. w.

2) Dernburg, Pandekten II § 4 S. 11: „Ausnahmslos ist auch dies nicht."

3) Vgl. l. 41 D. 12,6.

4) pr. J. 1,21; § 2 J. 2,8.

Hierin äussert sich vor allem auch ihre indirekte Wirksamkeit. Nicht in der Offensive, nur in der Defensive kann sie geltend gemacht werden, indem die Forderung des Klägers unter Hinweis auf eine bestehende Naturalschuld durch den Beklagten zurückgewiesen werden kann. In einzelnen Fällen ist es möglich, dass nicht nur freiwillig, sondern auch zwangsweise mit einer naturalis obligatio kompensiert wird.[1]

fr. 6 D. 16,2 lautet:

„etiam quod natura debetur, venit in compensationem",

d. h.: jede Obligation, auch die natürliche, eignet sich zur Kompensation.[2]

Die naturalis obligatio kann auch eine Grundlage für andere klagbare Akzessorien einer Obligation bilden. Fehlt ihr auch jenes Charakteristikum einer Obligation, nämlich die actio, gewinnt sie auf der anderen Seite doch an Wert und Bedeutung dadurch, dass sich an sie ein anderes, eine selbständige Klage erzeugendes, Rechtsverhältnis anknüpft, das zu seiner Entstehung eine nicht immer vollkommene Obligation verlangt. So kann z. B. die natürliche Forderung durch Begründung einer gleichartigen unvollkommenen Obligation, ja sogar einer vollkommenen Civil-Obligation

1) Die Anhänger der Ansicht, dass die naturalis obligatio ein Forderungsrecht nicht enthalte, leugnen natürlich auch ihre Kompensabilität.

2) l. 14 D. 16,2: „Quaedam per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt" steht im scheinbaren Widerspruch zu der im Text genannten Stelle, dürfte aber ihr gegenüber als die Ausnahme zu bezeichnen sein. l. 14 bezieht sich wohl nur auf die exeptio peremptoria. Vgl. Meyer S. 14, der unsere Ansicht auch teilt.

getilgt werden, und bildet somit eine genügende Voraussetzung für die Novation.[1]

Ebenfalls kann auch seitens des Naturalschuldners oder eines Dritten auf Grund einer naturalis obligatio ein vollgültiges constitutum proprii et alieni abgeschlossen werden.[2]

Hat fernerhin ein Naturalschuldner ein Pfand[3] oder einen Bürgen[4] zur Sicherung der Natural-Obligation freiwillig bestellt, so ist die Bestellung gültig und kann nicht etwa unter dem Vorwande angefochten werden, dass diese Rechtsgeschäfte eine gültige Obligation voraussetzen; denn **nicht ungültig,** sondern nur **klaglos** sind die obligationes naturales. So wird die Schuld indirekt agendo verfolgbar; denn dem Gläubiger stehen jetzt aus dem Bürgschaftsvertrage eine selbständige Klage gegen den Bürgen auf Zahlung, und zugleich aus dem Pfandvertrage die actio hypothecaria zu Gebote. Streitfrage ist hierbei, ob der Bürge nur „naturaliter" oder auch „civiliter" hafte? Während die ältere, gemeinrechtliche Lehre, so z. B. Weber[5] sich nur für „naturaliter debere" des Bürgen entschied, besonders sich auf den akzessorischen Charakter der Bürgschaft hierbei stützend, nimmt man heute mit Recht wohl allgemein Civilhaftung an.[6] Dass der akzessorische Charakter des Pfandrechts genügend durch die naturalis obligatio gewahrt, sprechen die

1) l. 1 § 1 D. 46,2.
2) l. 1 § 7 D. 13,5.
3) l. 5 pr., l. 14 § 1 D. 20,1; l. 13 D. 12,6; l. 11 § 3 D. 13,7.
4) l. 6 § 2, l. 7, l. 16 § 3, l. 60 D. 46,1.
5) Weber § 107.
6) Dernburg, Pfandrecht § 72; ferner Schwanert S. 199.

Quellen ausdrücklich aus. In l. 14 § 1 D. 20,1 sagt Ulpian:

„Ex quibus causis naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit".

Windscheid[1] endlich behauptet noch als eine weitere Wirkung der Naturalobligation, dass dieselbe als Vermögensmehrung für den Gläubiger, als Vermögensminderung für den Schuldner in Betracht komme. Dies stehe namentlich bei der Berechnung eines Pekuliums, sowie einer solchen Erbschaft in Frage, bei der der natürliche Gläubiger den Naturalschuldner beerbt hat. Wird z. B. der Dominus mit der actio de peculio verklagt, so kann er von dem Pekulium sich den Betrag abziehen, welchen der Sklave ihm naturaliter schuldet; andererseits muss auch er seine Naturalschuld dem Pekulium hinzurechnen. Dies kann im Fall der condemnatio für die Höhe derselben von grosser Bedeutung sein.

Demnach haben wir gesehen, welche verschiedenen Wirkungen die naturalis obligatio äussern kann;[2] zwar nur in knapper Darstellung, ohne im einzelnen an der Hand der Quellen die Streitfragen und Widersprüche erörtern zu können; es war jedoch für unsere weitere Darstellung insofern von Wichtigkeit, als wir nur an den erörterten Wirkungen der obligatio naturalis gleichartige oder ähnliche Erscheinungen im BGB. finden können.

1) Windscheid § 288 S. 165.

2) Welche Wirkungen im Einzelfall vorhanden sind, muss bei jeder Naturalobligation festgestellt werden. Nur in der Klaglosigkeit und Erfüllbarkeit stimmen sie alle überein

Übereinstimmend Schwanert S. 3.

§ 2.

Die Hauptanwendungsfälle der naturalis obligatio.

Bevor wir uns mit der Beantwortung der von uns aufgestellten Frage beschäftigen, wollen wir noch einen kurzen Überblick über die Fälle halten, in denen die naturalis obligatio im römischen Recht in Anwendung kam, und uns auch hier wieder bei den grossen Kontroversen nur auf die Hauptsachen beschränken.

Hierbei teilen wir die Natural-Obligationen, übereinstimmend mit Bekker,[1] in zwei Hauptgruppen[2] ein. Obligationen, die niemals klagbar gewesen, so z. B. zwischen Vater und Sohn, Sklaven und Herrn; und in solche, welche die Klagbarkeit später verloren haben, sei es auf Grund positiver Rechtsvorschrift, sei es durch hinzutretende, die Klagbarkeit zerstörende Ereignisse, wie z. B. bei der Verjährung oder capitis deminutio des Schuldners.

Obligationen nun, die von Anfang an als solche entstanden sind:

---

1) Bekker in seinem und Muthers Jahrbuch IV S. 389.

2) Schwanert (S 244) unterscheidet zwischen Naturalobligationen, bei denen die Klage unbegründbar und solchen, bei denen sie weggefallen ist.

Scheurl, Krit. V. Jahrs Schrift VI (S. 520) scheidet zwischen ursprünglichen und übrig bleibenden Naturalobligationen.

Brinz, (Kritische Blätter S. 41 ff.) teilt die nat. obligat. ein in Obligationen, welche als naturales obligationes entstehen und solche, welche als civiles entstehen, als naturales übrig bleiben.

I. Die obligatio naturalis der Sklaven [1] aus Verträgen zwischen Bürgern und anderen Sklaven. Eine civile Verpflichtung konnten sie nicht eingehen, nur naturaliter galten sie als obligiert. Für das gemeine Recht verlor dann später diese naturalis obligatio servilis nach Beseitigung der Sklaverei vollständig ihre Bedeutung.

II. Die obligatio naturalis des filius familias aus Geschäften mit dem pater familias oder mit anderen in derselben potestas stehenden Personen.[2]

III. Die schon erwähnte obligatio naturalis pupilli,[3] der sich sine auctoritate tutoris verpflichtet. Inwieweit hier die natürliche Verbindlichkeit reicht, ist sehr bestritten, wohl aber können Dritte sich stets auf Grund derselben selbständig verpflichten.[4]

IV. Die obligatio naturalis aus dem senatus consultum Macedonianum (titulus Dig. 14,6), d. heisst die natürliche Verbindlichkeit eines Hauskindes, das gegen das Verbot des senatus consultum Macedonianum ein Darlehn aufgenommen hat. Wird nun der filius familias von dem Gläubiger

---

1) l. 14 D. 44,7.

2) l. 38 D. 12,6 die Verbindlichkeit des Kindes gegen den Vater bietet genügende Grundlage für Bürgschaft, Pfandrecht constitutum und Novation l. 3 § 7 D. 15,1.
Im gemeinen Recht sind die von Hauskindern untereinander oder mit dem Hausvater abgeschlossenen Geschäfte vollgültig und klagbar

3) l. 42 pr. D. 12,2; l. 21 pr. D. 35,2; l. 25 § 1 D. 36,2; l. 95 § 4 D. 46,3.

3) Dernburg, Pandekten II § 5: „Eine Verpflichtung des Pupillnn besteht also doch insoweit naturaliter, als verpflichtungsfähige Personen auf Grund derselben etwas freiwillig leisten oder versprechen könnnen."

verklagt, so kann er die Klaglosigkeit der Forderung nur exceptionsweise mehr geltend machen, desgleichen der mit der actio de peculio belangte Vater; während eine Berücksichtigung ex officio seitens des Richters nicht stattfindet. Macht der Haussohn von seinem Einwandsrechte Gebrauch, so soll wenigstens eine naturalis obligatio des Haussohnes übrig bleiben. Wird daher von ihm oder einem Dritten in Unkenntnis der Klaglosigkeit das Darlehn bezahlt, so bleibt die soluti repetitio[1] ausgeschlossen. Diese obligatio naturalis des Haussohnes bildet demnach auch eine genügende Basis für Bürgschaft, Pfand, Novation und Konstitut.[2] Verpfänden, novieren oder ein Erfüllungsversprechen persönlich abgeben konnte der filius familias nur, nachdem er aus der patria potestas gekommen war. Ein Recht zu kompensieren darf dem Gläubiger nicht verstattet werden,[3] da dies gerade dem Zweck des senatus consultum widerspräche.[4]

V. Die obligatio naturalis des Erben zur Entrichtung von Vermächtnissen über den Betrag der quarta Falcidia hinaus.[5] Hat der Erbe den Betrag, um den er das Erbteil nach der lex Falcidia

---

1) l. 9 § 4 D. 14, 6; l. 26 § 9; l. 40 pr. D. 12,6.

2) l. 9 § 3 D. 14,6. Vgl. Dernburg, Pandekten II § 5, Anm. 10.

3) Diese Ansicht vertreten Dernburg, Kompensation S. 471. Windscheid Bd. 2 § 289 Anm. 21. Anderer Meinung Mandry, Familiengüterrecht Bd. 1 S. 522 ff.

4) Die Konsequenz der römischen Juristen, dass alle Einreden „in odium creditoris“ eine naturalis obligatio übrig lassen, nicht aber solche „in favorem debitoris“, ist mit grosser Vorsicht aufzunehmen (S. auch Dernburg Pand. II S. 13).

5) Windscheid § 289 II.

und Trebelliana kürzen durfte, wissentlich, nicht irrtümlich gezahlt, so ist ihm die condictio indebiti nicht verstattet. Die Zahlung ist nicht Schenkung.[1] Beim entschuldbaren Irrtum ist hier ausnahmsweise die condictio gegeben.[2]

VI. Die naturalis obligatio im Fall eines Zinsversprechens, ohne dass die nach römischem Recht erforderliche Stipulationsform gewahrt war.[3] Hieraus folgert Dernburg den Satz, dass Schuldverträge, welche der gesetzlichen Form entbehren, eine Naturalobligation begründen, sofern der Verpflichtungswille feststeht.[4] Diese aus der Quellenstelle abgeleitete Folgerung ist meines Ermessens zu weitgehend. Dernburg modifiziert daher auch seine Ansicht, indem er selbst zugibt, dass das Gesetz im Einzelfall bei Mangel der Vertragsform selbst die naturale Wirkung negieren könne.[5]

Von der zweiten Hauptgruppe der Naturalobligationen, die nach Wegfall der civilen Obligation übrig bleiben, ist abgesehen von der naturalis obligatio nach der capitis deminutio minima[6] und der Prozessverjährung;[7] Fälle, welche im spätrömischen Rechte schon unpraktisch geworden waren, vor allem die naturalis

---

1) l. 1 C. 6,50.
2) l. 5 § 15 D. 24,1; l. 9 § 5 D. 22,6.
3) l. 5 § 2 D. 46,3.
4) Dernburg, Pandekten II § 5 unter Nr. 6.
5) Dernburg, Pandekten II, § 5 Anm. 15: „Dies sei z. B. bei der Anforderung gerichtlicher Insinuation grösserer Schenkungen der Fall."
6) l. 2 pr. § 2 D. 4,5.
7) l. 30 § 1 D. 9,2 und l. 8 § 1 D 46,8.

obligatio infolge eingetretener Verjährung zu erwähnen. Auch die nach einem freisprechenden Urteil und aus einem Zwangsvergleiche fallen unter diese Gruppe. Alle diese Fälle sind sehr umstritten, es wird auf sie in der späteren Darstellung im Zusammenhange mit dem heutigen Recht näher eingegangen werden.[1]

Ob sittliche Verpflichtungen im gemeinen Recht als Naturalobligationen im technischen Sinne anzusehen waren, ist äusserst bestritten. Schon Savigny,[2] inbesondere aber Schwanert[3] hat die Fälle des „naturaliter debere ohne obligatorische causa" ausgeschieden. Seit ihm fasst man vielfach diese Fälle, nämlich die sittlichen und Anstandspflichten, nicht als Naturalobligationen im engeren Sinne auf.[4]

Im corpus juris civilis finden sich Quellenstellen, in welchen eine an sich bloss moralische Pficht, die ohne obligatorischen Tatbestand entstanden ist, vom Recht berücksichtigt wird, das sogenannte „natura debitum".[5] So vor allem die Pflicht der Frau zur

1) Dernburg (Pandekten II § 5 Anm. 14) erblickt einen Fall der Naturalobligation auch darin, wenn § 17 GVG. gemäss ein bestehender Gerichtshof für Kompetenz-Konflikte den Rechtsweg über eine Forderung an den Staat aus politischen Gründen versagt.

2) Savigny, Obligat. R. I §§ 9 ff.

3) Schwanert, S. 94 ff. §§ 9 ff.

4) Wendt, Pand. S. 442 Nr 4. Puchta Inst. II, S. 334. Brinz spricht von Offizialansprüchen (Pand. § 222.)

5) Schwanert, S. 94 nennt diese sittlichen Pflichten obligationes naturales in nicht technischem Sinne. Es handle sich hier nicht um rechtliche, des Rechtsgrundes entbehrende debita, um Pflichten, welche das Recht als solche nicht kennt welche nach anderen als rechtlichen Grundsätzen Pflichten sind und daher auch höchstens insofern in Betracht kommen,

Bestellung einer dos[1] und die Verpflichtung eines römischen libertus zu operae an seinen patronus.[2]

Windscheid sieht in diesen Fällen aus dem Grunde eine naturalis obligatio, weil der Schuldner, selbst wenn er sich im entschuldbaren Irrtum befand, das zum Zweck der Erfüllung einer ihm obliegenden sittlichen Pflicht Geleistete nicht kondizieren kann.[3] Auch erblickt er in der Verpflichtung zu Gegengeschenken und den Leistungen zur Belohnung für eine Lebensrettung Äusserungen einer natürlichen Verbindlichkeit.[4] Auch Dernburg[5] lässt Schenkungen unter Umständen eine natürliche Pflicht zu „Gegengeschenken" erzeugen. In der hier in Frage stehenden lex 25 § 11 D. de her. pet. V 3. heisst es unter anderem: „quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt". Doch ich glaube, dass aus dem „naturaliter obligare" sich das Vorhandensein einer natürlichen Pflicht zu Gegengeschenken nicht unbedingt folgern lässt. Dernburg modifiziert daher auch seine Ansicht und fügt noch ihr hinzu, dass von einer natürlichen Pflicht zur Dankbarkeit auf keinen Fall gesprochen werden kann.

Die Schenkung zum Dank für Errettung des Lebens wird zwar nicht ganz wie eine Schenkung behandelt; denn sie ist irrevocabilis. Sie hat nicht das Wesen vollkommen reiner Liberalität und wird deshalb besonderen Regeln unterstellt.

---

als das Recht seine Behauptung der Nichtexistenz eines debiti nicht geltend macht gegenüber der ohne sein Zutun geschehenen Erfüllung derselben.

1) „pietatis causa", confer. l. 32 § 2 D. 12,6.
2) l 5 § 2 D. 46,3.
3) Windscheid § 289 sub 3 u. Anm. 6 S. 169.
4) Windscheid § 289 Ziffer 1.
5) Dernburg, Pand. II S. 15 Anm. 16.

Unrichtig erscheint es mir, die Fälle des „natura debitum“ denen der Naturalobligationen gleich zustellen. Aus dem übereinstimmenden Vorhandensein der soluti retentio in beiden Fällen kann man nicht ohne weiteres auf Gleichartigkeit schliessen und auch das Vorliegen einer Naturalobligation hier annehmen. Die Sitte und der Anstand allein können nicht eine Obligation der Art erzeugen, dass freiwillige Leistung als solutio im technischen Sinne bezeichnet werden kann. Nur aus Anstand und Billigkeitsrücksichten, ex aequo et bono, ist der Ausschluss der soluti repetitio vom Rechte gegeben.[1] Der Ausdruck Naturalobligation für die Fälle des „natura debitum“ ist nicht berechtigt, denn sie sind ebenso uneigentliche Naturalobligationen, als die Naturalobligationen uneigentliche Civilobligationen sind.

Halten wir daran fest, dass die Rechtsordnung bei den sittlichen Pflichten zu deren Erzwingung zwar keine Mittel gewährt, zu deren Verletzung aber ebensowenig durch Zulassung der soluti repetitio ihre Hand bieten will. Nicht jede soluti retentio baut sich auf einer obligatio auf, nein sie kann sich auch auf rein moralische, nicht juristische Pflichten gründen,[2] denen aber auch der Staat in gewissem Masse rechtlichen Schutz verleiht.

---

1) Deshalb drückt sich Dernburg auch, Pand. II § 5 Nr. 7, sehr vorsichtig aus, wenn er sagt: „Was die Sitte ordnet, bildet wenigstens in dem Sinne eine Naturalobligation, dass das ihr gemäss Geleistete nicht zurückgefordert werden kann.“

2) Puchta, Institutionen II § 268 S. 333. Jede Obligation hat die Wirkung der soluti retentio. Die soluti retentio gründe sich nicht immer auf eine Obligation.

B. Die in Betracht kommenden Erscheinungen des BGB.

§ 3.

Kennt das BGB. eine naturalis obligatio?

Prüfen wir nun, ob auch in modernen Gesetzbüchern, insbesondere im BGB., die Naturalobligationen vorkommen, und welche Wirkungen sie äussern, so finden wir, dass die modernen Kodifikationen den Ausdruck „Naturalobligation" vermeiden und auch keinen anderen Begriff an seine Stelle setzen; trotzdem sie im einzelnen Erscheinungen anerkennen, die den gemeinrechtlichen Naturalobligationen ihrem Wesen nach gleichgeartet oder ähnlich sind. Scheurl[1] ist zwar anderer Ansicht, er sieht in den Naturalobligationen das Produkt eines unentwickelten römischen Instituts, dessen Vollendung zur Anerkennung der Naturalobligation als obligatio civilis geführt hätte. Die moderne Gesetzgebung bedürfe einer unvollkommene Obligation nicht; sie könne die Forderungen entweder sogleich mit einer Klage versehen oder sie für nichtig erklären. Letztere Ansicht ist kein schlagender Beweis dafür, dass der Gesetzgeber nicht auch unvollkommene Verbindlichkeiten anerkennen kann; indem er aus Rücksicht auf Verkehr und Sitte gewissen Obligationen teilweise Anerkennung zollt.

1) Scheurl, Iherings Jahrb. VII, S. 319 u. S. 383.

Scheurl steht auch mit seiner Ansicht ziemlich vereinzelt da, wenn es auch Rechtslehrer[1] gibt, die für das BGB. das Vorhandensein einer Naturalobligation leugnen. Anhänger dieser Ansicht konnten die Beantwortung der von uns aufgestellten Frage nur verneinen.

In Übereinstimmung mit unserer schon erörterten Auffassung über das Wesen der gemeinrechtlichen Naturalobligation, das sich hauptsächlich in den beiden Kriterien der Klaglosigkeit und soluti retentio äussert, können wir nicht umhin auch ähnliche Gebilde, wenigstens mehr oder weniger gleichartige Fälle in der neueren Gesetzgebung, insbesondere im BGB., anzunehmen.[2] Wollen wir in den modernen Kodifikationen eine Naturalobligation finden, so müssen wir jedesmal die Wirkungen des betreffenden Falles feststellen[3] und werden nicht, wie wir es auch für das gemeine Recht taten, aus dem Vorliegen der soluti retentio stets auf das Vorhandensein einer natürlichen Verbindlichkeit schliessen.

---

1) Prof. Seckel auf Grund mündlicher Rücksprache, der mich ausdrücklich ermächtigte ihn citieren zu dürfen. Auch in seinem Kollegheft vertritt Prof. Seckel oben erwähnte Ansicht.

2) In der Klaglosigkeit und Erfüllbarkeit liegt das übereinstimmende Moment zwischen den gemeinrechtlichen Naturalobligationen und den Erscheinungen des BGB. Hatten erstere noch andere Wirkungen, so fehlen diese im BGB. gänzlich. Nur bei der Verjährung finden sie sich beschränkt.

3) Levy, S. 22: „Die unvollkommenen Verbindlichkeiten, welche das Gesetz enthält, sind einzeln entstanden und so gestaltet worden, wie das Interesse des einzelnen Falles es erforderte. Regellos sind sie durch das Gesetz zerstreut, in ihren Wirkungen nicht übereinstimmend gestaltet worden."

Die juristische Weiterentwickelung der naturalis obligatio im modernen Recht kann als rückschreitende bezeichnet werden. Der Gesetzgeber sucht Recht und Billigkeit in vielen Punkten zu vereinen, und vielfach ist es ihm auch gelungen. Dass bei der Lage der Dinge hier wenig Raum für einen juristischen Ausbau einer Naturalobligation übrig bleibt, liegt klar auf der Hand.

Blicken wir nun ins preussische Landrecht, so finden wir auch hier den Begriff der Naturalobligation, wiewohl das Gesetz den Namen vermeidet. Das ALR. bestimmt im § 86: „Rechte, welche durch die Gesetze nicht unterstützt werden, heissen unvollkommene und begründen keine gerichtliche Klage oder Einrede".

Somit spricht es den unvollkommenen Obligationen gewisse rechtliche Wirkungen ab, ohne jedoch ihre Existenz zu ignorieren.

An den verschiedensten Stellen erkennt es die Naturalobligation an, indem es den „moralischen Verbindlichkeiten" die „unvollkommenen Pflichten" gegenüberstellt. ALR. II 16 §§ 178, 179; II 3 § 23.

Im Titel 2 des II. Teils § 235 spricht es ferner von Pflichten und Schulden, über welche „kein Prozess zugelassen werden darf, bezw. keine Klage zulässig ist".

Für unsere Betrachtung scheint folgende Bestimmung noch besonders von Interesse zu sein.

ALR. I 16 § 178 lautet: „Wenn eine ohne Vorbehalt geleistete Zahlung widerrufen wird, so muss

zunächst ausgemittelt sein, dass für die Person des Zahlenden gar keine, auch nicht eine blosse moralische Verbindlichkeit zur Zahlung vorhanden gewesen sei". Unter der „moralischen Pflicht" versteht das Landrecht die Fälle des „natura debitum" des römischen Rechts, in denen nur die soluti repetitio ausgeschlossen ist, ohne das andere Wirkungen der naturalis obligatio hierbei zu Tage treten.

Eine positive Gesetzesbestimmung, die in unser Gebiet fällt, ist noch die, dass es nicht verstattet ist, das im erlaubten Spiel Verlorene und Bezahlte zurückzufordern. ALR. I 11 § 578. Dasselbe gilt auch dann, wenn auf ein wegen Formmangels ungültiges Geschäft gezahlt ist. ALR. I 16 § 184 vergl. I 5 §§ 146, 156. Werden ferner von einem Verpflichtungsfähigen nicht konsentierte und daher ungültige Schulden eines Hauskindes bezahlt, so bleibt die condictio indebiti gleichfalls versagt.

Ziehen wir das Facit, so erkennt das A. L-R. prinzipiell die natürliche Verbindlichkeit an, vermeidet es jedoch stets sich in bestimmten Formulierungen und besonderen Ausdrücken zu ergehen. Diesem Prinzipe folgen alle neueren Gesetzbücher, wie z. B. das sächsische[1] und österreichische[2] Gesetzbuch. Ihnen gegenüber bildet der code civil insofern eine Ausnahme, als er auch die römisch rechtliche Natural-

---

1) Das sächsische bürgerliche Gesetzbuch §§ 1480, 1482, 1522.

2) Das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch §§ 1432, 1271, 1272.

obligation dem Namen nach aufgenommen hat.[1] [2] Den Sätzen der naturalis obligatio analog ist die soluti repetitio nicht verstattet, und das Moment der Klaglosigkeit der Forderungen finden wir auch hier gegeben. Aus Spiel und Wette kann nicht geklagt werden, ist die Spielschuld jedoch irrtümlich gezahlt, so wird die soluti retentio dem Gläubiger zugebilligt. (So Art. 1965, 1967 code civil.)

Im BGB. finden wir weder Namen und Bezeichnung, noch sonst allgemeine Vorschriften über das Wesen und die Natur der Naturalobligation. Auch über die Quelle, aus der die natürlichen Verbindlichkeiten herzuleiten sind, spricht sich das Gesetz nicht näher aus. Doch aus dem Fehlen des Ausdrucks auf ein Fehlen der rechtlichen Wirksamkeit der naturalis obligatio im BGB., wenigstens in ihren Hauptkriterien, zu schliessen ist unbegründet; denn nicht aus den Worten, sondern aus dem Sinn des Gesetzes haben wir unsere Wissenschaft zu schöpfen. So schon Celsus, der da sagt: „scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem" l. 17 D. 1,3. Auch aus § 133 BGB. können wir durch argumentum a contrario zu dem Ergebnis kommen, dass das Gesetz ein Anklammern an Worte missbilligt und frei

---

1) Code civil. Art 1235: Tout paiement suppose une dette: ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition. La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles, qui ont été volontairement acquittées.

2) „Volontairement acquittées" bedeutet hierbei eine freiwillige Zahlung. Savigny (OR. I S. 128) findet mit Recht diese Fassung unklar, da sie die irrtümliche Erfüllung auszuschliessen scheint.

von pedantischem Zwang auch das Dasein eines Rechtsgebildes nicht leugnet, welches es mit Namen nicht zu nennen vorzieht.

Der Entwurf zum BGB. wollte die unvollkommenen Obligationen reprobieren. Unter einem Schuldverhältnis versteht er regelmässig nur die klagbare Obligation. Nur in wenigen Fällen erkennt auch er das Bestehen solcher unvollkommener Obligationen an, indem er annimmt, dass hier durch positive Gesetzesbestimmung eine Obligation, welche nach allgemeinen Grundsätzen begründet sein würde, nur in unvollkommener Weise zur Geltung kommt. Wenn es also in den Motiven[1] heisst, der Entwurf kenne keine Naturalobligation, so ist damit lediglich konstatiert, dass der Entwurf die Anwendung der Ausdrücke Naturalobligation, natürliche Verbindlichkeit und ähnliche Worte absichtlich vermieden hat.[2] Andererseits legt er dennoch gewissen rechtlichen Vorgängen abgeschwächte, rechtliche Wirkungen bei.[3]

„Dem ganzen Gedankensystem des Entwurfs entspricht es, dass er den Begriff einer natürlichen Verbindlichkeit grundsätzlich verwirft. Doch sieht er sich gleichwohl gezwungen, tatsächlich eine Anzahl von Naturalobligationen anzuerkennen.“[4]

Im BGB. können wir aus positiven Rechtsbestimmungen die Existenz gewisser, den Naturalobligationen verwandter Erscheinungen annehmen.

1) Motive, Bd. II S. 3. u 106
2) Verhandlungen des 20. D. Juristentages I S. 318.
3) Motive Bd. II S. 106.
4) Gierke, der Entwurf S. 203.

Gibt es doch einerseits Schuldverhältnisse, denen von Anfang an seit ihrer Entstehung die Klage fehlt; so z. B. Spiel, Wette, Ehemäklerlohn, welche aber trotz dieses Mangels die Natur eines Schuldverhältnisses nicht verlieren.[1] Andererseits kennt das BGB. auch einen Fall, in dem die Klage zwar gegeben, jedoch der Anspruch des Klägers exzeptionsweise zurückgewiesen werden kann. So wird durch Vorschützen der Einrede der verjährte Anspruch entkräftet, obwohl das in Unkenntnis der Verjährung Geleistete nicht zurückgefordert werden kann. Gerade im Ausschluss der condictio indebiti im Fall irrtümlicher Perfektion einer entweder sofort klaglosen oder durch exceptio in ihrer Wirkung entkräftbaren Naturalforderung liegt das übereinstimmende Moment der soeben erwähnten verschiedenen Fälle. Die solutio charakterisiert sich als Zahlung im technischen Sinne und ist keine Schenkung. Nur die gerichtliche Geltendmachung der Naturalforderung ist dem Gläubiger teils versagt, teils durch das Vorschützen einer Einrede seitens des Schuldners sehr erschwert.

Auf jeden Fall steht ihm ein Anspruch im Sinne des BGB. nicht zu, denn Anspruch ist ein Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (§ 194 BGB.). Zwar vermeidet das BGB. direkt von Klage oder Klagerecht zu sprechen, deutet aber durch das Wort „verlangen" stillschweigend den Zwang an, der im Klagewege geltend gemacht werden kann.

---

1) Es ist dies eine Ausnahme von dem im BGB. geltenden Prinzipe, dass jeder auf eine Leistung gerichtete Vertrag eine vollkommene, klagbare Obligation erzeuge.

Die Begründung einer solchen klaglosen Obligation erzeugt **nicht** ein **ungültiges** Schuldverhältnis. Vielmehr ist die durch derartige Verträge erworbene Forderung nur des richterlichen Schutzes insoweit nicht teilhaftig, um auch gegen den Willen des Schuldners geltend gemacht zu werden. Demnach kann der Gläubiger einer Naturalforderung, trotzdem dieselbe besteht, sich im Prozesse nicht ein obsiegendes Urteil verschaffen, um auf Grund dieses Titels die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu betreiben.

Diese klaglosen, sagen wir unvollkommenen Schuldverhältnisse, charakterisieren sich durch Klaglosigkeit und Erfüllbarkeit, d. h. Ausschluss der solutio repetitio.[1] Zuweilen können sie auch als Basis für neue Verbindlichkeiten, insbesondere für Versicherungen durch Pfand und Bürgschaft dienen. Die Wirkungen im konkreten Falle sind, übereinstimmend mit dem gemeinen Recht, äusserst verschieden; nur dass sie uns im BGB. in viel beschränkterem Masse entgegentreten.[2]

Diese Mannigfaltigkeit trifft auch für die Entstehung der unvollkommenen Verbindlichkeiten zu. An den verschiedensten Stellen finden wir im Gesetz Fälle, in denen wir an die naturalis obligatio des gemeinen Rechts erinnert werden. Ein einheitliches

1) Stammler S. 27 kommt daher zu dem Ergebniss, dass die unvollkommenen Schuldverhältnisse den naturales obligationes entsprechen: „Es sind rechtliche Verpflichtungen, die aber nicht eingeklagt werden können."

2) Fischer u. Bekker, Beiträge 2 S. 34. Genau besehen, sagt Bekker, wirke jedes dieser Rechtsverhältnisse ein wenig anders, als jedes Andere.

Prinzip lässt sich hierfür nicht aufstellen, weil der Gesetzgeber diese Erscheinungen im BGB. aus den verschiedensten Gründen und Bedürfnissen anerkannt hat.[1] Hieraus erklärt es sich auch, dass ihre rechtliche Wirksamkeit nach den Regeln des Einzelfalls zu bestimmen ist.

Unbedeutend und rechtlich irrelevant kann auf den ersten Augenblick die Frage erscheinen, wie wir denn diese, an die römische naturalis obligatio erinnernden, Rechtsgebilde des BGB. bezeichnen wollen; in Wirklichkeit ist sie jedoch aus dem Grunde von grosser Wichtigkeit, als je nach der Benennung des Oberbegriffes die Gruppierung der einzelnen Fälle eine verschiedene ist. In der Litteratur fehlt es daher auch nicht an den mannigfachsten Bezeichnungen. Einige übernehmen den technischen Ausdruck „naturalis obligatio" und sprechen auch für das heutige Recht von Naturalobligationen;[2] andere suchen durch Übersetzung von „naturalis obligatio" mit dem Ausdruck „natürliche Verbindlichkeiten" das Wesen dieser Erscheinungen zu bezeichnen.[3] Doch diese aus den Quellen entnommene Bezeichnung ist für das heutige Recht nichtssagend, da schon im gemeinen Recht über den Begriff der Naturalobligationen keine Einigkeit herrschte. Von klaglosen Schuldverhältnissen[4] zu

1) So schliesst das BGB. bei Spiel und Ehemäklerlohn die Klage aus, weil es solche Verträge missbilligt.

2) Cosack, BR. § 80 S. 287; Enneccerus-Lehmann I § 148.

3) So Endemann, Lehrb. Bd. I. § 99 S. 417; Matthiass, Bd. I § 72 S. 293; Stammler; R d Schuldverhältnisse. Matthiass spricht selbst von dem „farblosen Ausdruck" natürliche Verbindlichkeiten.

4) Ubbelohde in Iherings Jahrbüchern Bd. 38 S 216.

sprechen, halte ich deshalb für verfehlt, weil man allein durch die Klaglosigkeit das wirkliche Wesen dieser Verbindlichkeiten nicht genügend kennzeichnet.[1] Der Sprachgebrauch der Motive,[2] die von „unvollkommenen Schuldverhältnissen" sprechen, scheint mir deshalb sehr zweckmässig, weil gerade das Wort „unvollkommen" das Fehlen einiger Rechtswirkungen deutlich zum Ausdruck bringt. Von „Erfolgsverbindlichkeiten" zu sprechen, wie Levy[3] es tut, halte ich für unrichtig. Levy sagt: „Die Verbindlichkeit ist latent, erst durch die Erfüllung wird sie frei." Unter Erfolgsverbindlichkeiten versteht er solche Verbindlichkeiten, die das BGB. erst mit der Erfüllung und um der Erfüllung willen als vollgültige Verbindlichkeiten anerkennt. Der Ausdruck „Erfolgsverbindlichkeit" ist deshalb nicht zutreffend, weil nur die eine Seite der Wirksamkeit der naturalis obligatio damit getroffen wird, nämlich die Erfüllbarkeit. Äussert jene doch auch schon vor der Erfüllung andere Wirkungen, wie wir es z. B. bei der Verjährung sehen. Wenn Levy ferner sagt, dass die Erfolgsverbindlichkeit durch die Erfüllung als vollgültige Obligation anerkannt wird, so kann ich auch hierin ihm nicht beipflichten; denn die Erfüllung hat keine rückwirkende Kraft und kann der rechtlich mangelhaften unvollkommenen Obligation

---

1) Endemann, Einf. in d. St. d. BGB. Bd. I S. 420 bemerkt, der Ausdruck „klaglose Verbindlichkeiten" wäre irreführend, da die formelle Klagbarkeit nicht angezweifelt werden kann.

2) Motive Bd. II S. 3.

3) Levy, Dissertation über „naturalis obligatio" S. 24. ff.

nicht nachträglich alle fehlenden Rechtswirkungen begründen.

In unserer weiteren Darstellung werden wir uns hinfort des Ausdrucks „unvollkommene Verbindlichkeiten" bedienen. [1]

Trotzdem diese im BGB. eine sehr verschiedene rechtliche Behandlung erfahren haben, können wir dennoch 2 Hauptgruppen aufstellen, indem wir den unvollkommenen Verbindlichkeiten die ethischen und sozialen Pflichten gegenüberstellen. Beiden aber ist das gemeinsam, dass die einmal erfolgte Zahlung vom Rechte respektiert wird, so dass eine Rückforderung des Geleisteten ausgeschlossen bleibt. Während wir nun unter unvollkommenen Verbindlichkeiten Schuldverhältnisse zu verstehen haben, denen die rechtliche Anerkennung nicht in unbeschränktem Masse vom Staate zuteil geworden, ähnlich wie den römischen naturales obligationes, haben wir unter ethischen und sozialen Verbindlichkeiten nur solche Pflichten zu verstehen, welche uns durch die Gesetze der Sittlichkeit, durch den Kodex der Moral, auferlegt sind; die zwar ausserhalb des Rechts stehen, aber dennoch vom Recht gewissen Schutz geniessen, [2] z. B. § 814 BGB. Diese sittlichen Pflichten entsprechen den moralischen Pflichten des preussischen Landrechts und den aus der

1) Auch Dernburg, BR. Bd. II § 3 S. 9 spricht von unvollkommenen Verbindlichkeiten, desgleichen Crome, Bd. II § 140.

2) Meyer, Cäsar (S. 20) teilt in vollem Masse meine Ansicht, wenn er sagt: „Obwohl die bloss ethischen Pflichten sonst scharf von rechtlichen Verbindlichkeiten zu scheiden sind, gewährt das BGB. ihnen doch eine halbe rechtliche Stellung."

Gruppe der naturalis obligatio ausgeschiedenen Fällen des natura debitum des römischen Rechts. Das Nähere gehört in die spätere Darstellung.

Ob nun die unvollkommenen Verbindlichkeiten den gemeinrechtlichen Naturalobligationen gleichartig oder ähnlich sind, diese Hauptfrage zu entscheiden, erübrigt zunächst eine Untersuchung darüber, in welchen Fällen das BGB. unvollkommene Verbindlichkeiten anerkennt und wie sie im einzelnen ihre Wirkungen äussern. Erst in diesen Einzeldarstellungen werden uns Momente entgegentreten, welche uns für Gleichartigkeit oder Ähnlichkeit entscheiden lassen.

I. Unvollkommene Schuldverhältnisse.

§ 4.

Die verjährte Forderung.

Betrachten wir zunächst die verjährte Forderung, in der wir noch den stärksten Anklang an die gemeinrechtliche naturalis obligatio finden werden.

Die Verjährung sucht vor allem die allgemeine Rechtssicherheit zu schützen;[1] indem Rechte, welche eine gewisse Zeit nicht mehr ausgeübt werden, ihre Kraft und Wirksamkeit verlieren sollen. Sie ist keine Strafe für den Berechtigten, dessen Recht nach Ablauf einer vorgeschriebenen Zeit durch Nichtausübung untergeht. Vielmehr soll sie dem Verpflichteten nur einen Schutz gewähren, um unbegründeten oder längst erloschenen Ansprüchen gegenüber ihm den oft schwierigen Beweis für seine Verteidigung zu ersparen. Auch vom rechtspolitischen Standpunkte aus wirkt die Verjährung praktisch ein; indem sie streitige, schwer zu beweisende Rechtsverhältnisse aus der Welt schafft — ut finis sit litium — und den Berechtigten mittelbar zur baldigen Geltendmachung seiner Ansprüche zwingt.[2]

1) Dernburg, Pand. I S. 333: „Die Verjährung befestigt lange bestehende Verhältnisse“

2) Dies gilt insbesondere für die Forderungen des täglichen Lebens, die schon in 2 Jahren verjähren. § 196 BGB.

Wie sucht nun das Recht den Zweck der Verjährung zu erreichen?

Lässt es die verjährte Forderung vollständig untergehen, oder versagt es nur seine Hülfe zur zwangsweisen Durchführung derselben?

Hierbei müssen wir zwischen dinglichen und persönlichen Rechten scharf unterscheiden. Bei dinglichen Rechten nimmt man allgemein an, dass das der Klage zu Grunde liegende Recht durch Verjährung nicht erlischt, vielmehr der sich aus ihm ergebende Anspruch. Dagegen war auch schon für das gemeine Recht die Frage äusserst bestritten, ob die gegen eine Forderung geltend gemachte Einrede der Verjährung das dieser zu Grunde liegende Schuldverhältnis gänzlich aufhebe oder die Wirkungen einer naturalis obligatio bestehen lasse.

Hier stehen sich zwei Ansichten scharf gegenüber von denen die eine [1] das Übrigbleiben der Naturalobligation mit allen ihren Wirkungen annimmt, während die andere [2] ihr Dasein vollständig leugnet.

Die Anhänger der sog. schwächeren Wirkung identifizieren die römische actio mit Klagerecht im privatrechtlichen Sinne und schliessen sich an das römische Institut der Klageverjährung, die Honorius und Theodosius im Jahre 424 allgemein einführten, an. Nach ihrer Ansicht begründet die Verjährung nur

1) Savigny, System des heutigen römischen Rechts Bd. V § 248 S. 379,81; Puchta, Pandekten § 92; Dernburg, Pandekten I § 150; Eisele in Iherings Jahrbüchern Bd. 31 S. 379

2) Windscheid, Pand. I § 112; Bekker im Jahrbuch d. gem R. Bd. 4 n. 14; Vangerow, Pand. I § 151; RG. Bd. 2 S. 158, Bd. 39.

die Unzulässigkeit der prozessualen Geltendmachung des Anspruchs; die Forderung bleibt als klaglose, aber zahlbare naturalis obligatio übrig. Die freiwillig geleistete Zahlung der Schuld ist nicht Schenkung; die irrtümliche kann nicht kondiziert werden. Diese klaglose Forderung bildet ferner eine genügende Basis für die weiteren Annexe einer Obligation.

Die Vertreter der stärkeren Wirkung setzen an Stelle der Klagenverjährung die Verjährung des Anspruchs.[1] Actio — Klagerecht — ist gleichbedeutend mit Anspruch. Dieser erlischt mit der Verjährung. Da bei persönlichen Rechten sich der Anspruch mit der Forderung deckt, so musste mit dem Anspruch zugleich das persönliche Recht untergehen. Dies ist nur eine richtige Konsequenz des Anspruchsbegriffes. Einen Fortbestand der naturalis obligatio nach der Verjährung kann man nach dieser Ansicht nicht annehmen. Auch weitere Rechtswirkungen zu äussern ist der verjährte Anspruch unfähig.[2]

Diese so konträren Ansichten zu vermitteln war das Bestreben einer neueren Richtung in der Wissenschaft.[3] Die Anhänger der sogenannten stärkeren Wirkung gestanden gewisse Fortwirkungen des verjährten Anspruchs zu,[4] während die der schwächeren

---

1) Vgl. Windscheid Pand. I § 112. Windscheid actio S. 3 ff. Wächter (Pand. I § 112) spricht von Schuldverjährung.

2) Daher erlöschen Pfandrechte und Bürgschaften und die Kompensation ist ausgeschlossen.

3) Regelsberger Pandekten I § 186.

4) Mühlenbruch Pandekten § 481; Keller Pandekten § 89; Schwanert § 22 S. 452.
Windscheid, Pand. I § 112 Anm. 5a. „Nur soviel wird zugegeben werden müssen, dass freiwillige Erfüllung des verjährten Anspruchs nicht unter den Begriff der Schenkung fällt."

Wirkung ihre Ansicht der Art modifizierten, dass dem verjährten Anspruche nicht alle Wirkungen einer Obligation mit Ausnahme der Klage zuerkannt werden konnten.

Auch das BGB. hat sich dieser vermittelnden Meinung angeschlossen.[1] Das BGB. setzt zwar an die stelle der Klagenverjährung die Anspruchsverjährung,[2] wie aus der Fassung des § 194 BGB. deutlich hervorgeht: „Das Recht von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung". Der Entwurf I hatte sogar den Ausdruck Anspruchsverjährung im Gegensatz zum Entwurf II in den Text des § 154 aufgenommen; doch meines Erachtens zu Unrecht. Bei einer konsequent durchgeführten Anspruchsverjährung dürften dem verjährten Anspruche keine rechtlichen Wirkungen vom Gesetze beigelegt werden; denn sonst ist der Ausdruck Anspruchsverjährung irreführend.[3] Wie aus der späteren Darstellung ersichtlich, ist dieses Prinzip vom BGB. auch nicht einheitlich durchgeführt. Dies war wohl der Grund dafür, das Gierke[4] schon für den Entwurf den Ausdruck Klageverjährung statt

1) Motive Bd. I § 182 S. 342 sprechen sich dahin ans, dass im Entwurf die stärkere Wirkung anerkannt ist.

2) Vgl. Eck, Vorträge S. 77 ff. und Motive Bd. I S. 289 ff.

3) Hanausek (S 311) sagt mit Recht: Unser Sprachgebrauch verbindet mit dem Ausdruck Anspruchsverjährung die Vorstellung, die Verjährung bewirke ein gänzliches Erlöschen des Anspruchs.

4) Gierke S. 175 u. Hanauseck S. 331. Dem Zweck des Verjährungsinstituts und den eigenen Bestimmungen des Entwurfs entspricht es, die Verjährung als Klagenverjährung zu bezeichnen und zu konstruieren.

Anspruchsverjährung verlangte.[1] Die gleiche Ansicht teilte auch Eck für das BGB., wenn er sagt, der Ausdruck Klagenverjährung giebt den Inhalt des BGB. deutlicher und klarer wieder.[2] Die von den Motiven gegen diese Bezeichnung angeführten Bedenken können nicht in Frage kommen;[3] denn unter Klagenverjährung versteht man nicht die Verjährung der actio im prozessualen Sinne, des Rechts gehört zu werden. Nicht dieses Recht, sondern das Recht auf Erhören — actio im materiellen Sinne —, unterliegt den Grundsätzen der Verjährung.

Hinsichtlich des Gegenstandes der Verjährung bedeuten die Worte Klageverjährung und Anspruchsverjährung keinen grossen Unterschied, ist doch Anspruch bei Forderungsrechten mit Klagerecht identisch; nur hinsichtlich ihrer Wirkungen ist der Gegensatz der Auffassungen von Bedeutung.[4]

Ueber die Wirkungen der Verjährung spricht das BGB. im § 222 Abs. I, dieser lautet:

„Nach der Vollendung der Verjährung ist der Verpflichtete berechtigt, die Leistung zu verweigern".

1) Hölder (im Archiv für die Praxis Bd. 73 S. 141 ff.) will statt der Anspruchsverjährung die Verjährung der Forderung setzen.

Fischer (S. 118 u. 121) fordert, an Stelle der Anspruchsverjährung eine Rechtsverjährung zu setzen (doch bleibt ja das dingliche Recht immer bestehen).

2) Eck, Vorträge S. 78. Vgl. auch Cäsar Meyer S. 23.

3) Motive Bd. I S. 290: „Der Ausdruck Klageverjährung legt das Missverständnis nahe, dass das spezifische Moment der Klagebefugnis den Gegenstand der Verjährung bilde."

Die Verjährung richtet sich jedoch nicht gegen die prozessuale Zuständigkeit der gerichtlichen Verfolgung sondern gegen die Berechtigung selbst. Der Ausdruck „Klagenverjährung" lässt meines Erachtens eine gegenteilige Annahme nicht zu. So auch Meyer S. 24.

4) Vgl. Hanausek S. 311.

Wie aus der Fassung des BGB. hervorgeht, lässt dasselbe den Anspruch durch die Verjährung nicht erlöschen,[1] begründet vielmehr gegen ihn eine civilrechtliche Einrede[2]. Diese Einrede ist der römischen exceptio analog konstruiert und zwar einer exceptio peremptoria.

Ihre praktische Wirksamkeit zeigt die Verjährung erst dann, wenn die Forderung eingeklagt und die Einrede im Rechtsstreit geltend gemacht wird. Es entsteht dann für den Verpflichteten ein Recht auf Verweigerung der Leistung. Das Recht des Gegners auf Erfüllung wird durch das Vorschützen der exceptio nicht berührt.[3] Das persönliche Recht des Gläubigers wird nur insofern geschwächt, als seine Geltendmachung ihm versagt ist. Sonst würde der § 222 BGB. auch ganz anders gelautet haben, indem er die ipso jure wirkende Tilgung des Anspruchs nach Vollendung der Verjährung ausgesprochen hätte.

Aus den Worten „der Verpflichtete ist berechtigt" — er hat das Recht die Leistung zu verweigern, — geht deutlich hervor, dass es in sein freies Belieben gestellt ist, von der ihm durch die Rechtsordnung gegebenen Befugnis Gebrauch zu machen. Ein

1) Vgl. auch Östr. BGB. § 1501, Sächs. Gesetzbuch § 143, code Napoléon Art. 223.

Levy S. 58; „Die Verjährung bewirkt nur eine Schwächung des Rechtes."

2) Die gleiche Ansicht teilte Windscheid auch schon für das gemeine Recht (Pand. I S. 112): Die Verjährung hebt den Anspruch auf, nicht durch Vernichtung desselben, sondern durch Begründung einer ihn ausschliessenden Einrede."

3) Unrichtig ist daher von Seelers Ansicht, Archiv f. bürgerl. R Bd. 15 (1898) S. 212 fg., dass wegen des Verweigerungsrechtes eine Leistungspflicht des Schuldners nicht mehr bestehe.

Verzicht[1] auf die Einrede ist möglich, es erlangt dann der Anspruch des Klägers seine volle Kraft wieder, ohne dass er einer Wiederherstellung noch bedarf.[2]

Aus dem Begriff der Einrede wird weiter die gemeinrechtliche Kontroverse endgültig entschieden, dass der Richter die Verjährungseinrede nicht ex officio[3] sondern nur ope exceptionis zu berücksichtigen hat; denn die Verjährung dient ja nur dem Interesse des Beklagten, macht derselbe von dem ihm gewährten Verteidigungsmittel keinen Gebrauch, so ist kein Grund vorhanden, ihm diese Verteidigung aufzudrängen.[4] Erscheint z. B. der Beklagte in dem Termine nicht, so wird gegen ihn auf Antrag ein Versäumnisurteil erlassen; sofern dann das tatsächliche Vorbringen des Klägers den Klageantrag rechtfertigt, wird der Beklagte dem Antrag des Klägers gemäss verurteilt, selbst wenn dessen Forderung schon verjährt war (§ 331 CPO.). Erscheint dagegen der Beklagte in der mündlichen Verhandlung, schützt jedoch die Einrede der Verjährung nicht vor, so kommt es ebenfalls zur Verurteilung des Beklagten, selbst wenn der Kläger die Verjährung zugibt.

Auch für die Beweislast ist die Einrede noch von Bedeutung. Der Präskribent hat die Voraussetzungen der Verjährung zu behaupten und im Falle des

1) Ein Verzicht ist erst dann von Bedeutung, wenn der Verpflichtete von der Verjährung Kenntnis erlangt hat, denn nach § 225 BGB kann die Verjährung durch Rechtsgeschäft nicht vorher ausgeschlossen werden.

2) Planck, Kommentar Bd. I S. 270.

3) Hölder (im Archiv für civil. Praxis S. 148—501) wünscht die Berücksichtigung der Verjährung von Amts wegen.

4) Motive Bd. 1 S. 341; Stargard S. 44

Bestreitens zu beweisen, während dem Berechtigten der Beweis über etwaige Hemmungs- und Aufhebungsgründe der Verjährung obliegt.

Somit steht fest, dass der Gläubiger, falls der Präskribent die Einrede vorgeschützt hat, seine Forderung im Wege der Klage nicht mehr geltend machen kann. Dennoch äussert dieselbe in gewissem Masse noch rechtliche Wirkungen,[1] und wird deshalb als eine, wenn auch klaglose, so doch zahlbare Obligation, mithin als ein unvollkommenes Schuldverhältnis angesehen. Wenn von den Gegnern geltend gemacht wird, es handle sich hier nicht um eine naturalis obligatio, weil der verjährte Anspruch an und für sich klagbar und nur eine Einrede, die Leistung zu verweigern der Klage gegenüber gegeben sei, so steht dies nicht der Annahme einer unvollkommenen Verbindlichkeit im Wege. Wie schon oben ausgeführt, umfasst die Klaglosigkeit nicht nur den Fall, dass überhaupt niemals geklagt werden kann, sondern auch den, dass die Klage zuweilen erst auf Grund einer vorgeschützten exceptio zurückgewiesen wird. Äussert doch eine Verbindlichkeit ihre Natur als natürliche Verbindlichkeit in manchen Fällen nicht dadurch, dass eine Klage überhaupt nicht zusteht, sondern auch schon darin, dass die Klaglosigkeit nur auf Grund einer vorgebrachten exceptio berücksichtigt wird.[2]

1) Wie wir aus §§ 222 Abs. II u 223 BGB. sogleich sehen werden.

2) Noch mit einigen Worten soll auf die Frage, ob der verjährte Anspruch nach § 256 CPO. eine Feststellungsklage zulasse, eingegangen werden. Wie schon erwähnt, spricht sich Endemann für die Möglichkeit einer Feststellungsklage aus

Eine weitere Wirkung der verjährten Forderung statuiert das BGB. im § 222 Abs. II Satz 1:

„Das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete kann nicht zurückgefordert werden; auch wenn die Leistung in Unkenntnis der Verjährung bewirkt worden ist".

Unzweideutig spricht das Gesetz auch hier es aus, dass der Anspruch trotz Vorschützens der Verjährung noch weiter bestehen bleibt.[1] Kann doch die in Kenntnis der Verjährungseinrede geleistete Zahlung[2] wegen ungerechtfertigter Bereicherung nicht zurückgefordert werden. Diese Rechtsbestimmung steht in scheinbarem Gegensatz zu § 813 BGB., dem zufolge

---

(so Endemann Lehrb. I § 99 S. 388 Anm. 7; Enneccerus I S. 301 u. Motive I S. 291, 295; Matthiass Lehrb. I S. 255. Crome (S. 520 a. 2) will die Einrede gegen die Leistungsklage auch auf die Feststellungsklage ausdehnen.

Das Recht auf Feststellung begründet eine Feststellungsklage, nicht einen natürlichen Anspruch; es unterliegt daher nicht der Verjährung. Wird die Feststellungsklage zur Feststellung eines verjährten Anspruchs erhoben, so wird dieselbe wohl aus dem Grunde versagt werden müssen, weil hier das rechtliche Interesse des Klägers fehlt, dass das Rechtsverhältnis alsbald festgestellt werde (so auch Cosack Lehrb. I 264 sub 9 und Hellmann, Vorträge S. 206).

Nach meiner Ansicht ist die Zulässigkeit der Feststellungsklage einer verjährten Forderung Frage des einzelnen Falles. Kann doch die verjährte Forderung selbst im Falle der Kompensation unter Umständen in Betracht kommen und der Kläger zur Erhaltung seiner etwaigen Rechte wohl ein rechtliches Interesse daran haben, dass die verjährte Forderung durch Urteil alsbald festgestellt werde, damit er für die Zukunft ein Beweismittel für ihr Bestehen in Händen hat.

1) Im Übrigen ist im BGB. sonst nicht klar ausgesprochen, inwieweit der mit Einrede behaftete Anspruch ein bestehender Anspruch ist. So Windscheid Pand. S. 180 ff.

2) Auch Leistung an Erfüllungsstatt.

das zum Zwecke der Erfüllung Geleistete zurückgefordert werden kann, wenn dem Anspruche eine peremptorische Einrede entgegenstand.[1] Wir finden also hier eine Ausnahme von dieser Bestimmung, denn ihr gemäss müsste die condictio gegeben sein, weil die Verjährungseinrede auch eine exceptio peremptoria ist.[2] Doch die ratio legis ist die; hat der Schuldner durch Befriedigung der Gläubiger seinen Anspruch anerkannt, so soll um des Rechtsfriedens halber ihm die Berufung auf die Verjährung keinen Nutzen bringen. Er hat ja ein debitum gezahlt, die Zahlung ist nicht donatio[3], sondern solutio debiti. Wenn es sich auch nur um die Zahlung eines debitum naturale handelt, so liegt trotzdem eine solutio im technischen Sinne vor.[4] Selbst wenn der Verpflichtete im Irrtum über die Verjährungseinrede die bereits verjährte Schuld getilgt hat, so ist ihm die Zurückforderung des Geleisteten wegen ungerechtfertigter Bereicherung nicht verstattet.[5] Unbedingt lässt dieser Ausschluss der condictio trotz vorliegenden Irrtums des Zahlenden auf das Vorhandensein eines

1) Die Rückforderung bleibt auch hier ausgeschlossen wenn der Leistende die peremptorische Einrede zur Zeit der Leistung kannte.

2) Endemann I S. 396: Dieselbe ist inhaltlich nur damit zu rechtfertigen, dass nach dem BGB. auch die verjährte Schuldverbindlichkeit als ausreichender Grund einer Leistung zu gelten hat.

3) Dies ist für die Anfechtung im Konkurse wichtig. §§ 31, 32 d. KO.

4) Was von der Erfüllung durch den Schuldner gilt, findet natürlich auch Anwendung auf die Erfüllung durch einen Dritten zu Gunsten des Schuldners.

5) So auch das Östr. Gesetzbuch § 1432.

unvollkommenen Schuldverhältnisses schliessen; denn ohne eine derartige Annahme würde die Gesetzesbestimmung dem § 812 BGB. widersprechen.[1] Schon für das gemeine Recht nahm Dernburg das Gleiche an, wie es das BGB. gesetzlich normiert hat.[2] „Denn es ist Regel, dass die Rückforderung des auf eine natürliche Schuld Gezahlten unzulässig sei. So ist die condictio ausgeschlossen, wenn eine bereits verjährte Schuld in Unkenntnis der Verjährungseinrede gezahlt wurde."

In der besagten Bestimmung des BGB. können wir fernerhin für die von uns aufgestellte Behauptung einen Beweis erblicken, dass das BGB. die Anspruchsverjährung nicht vollkommen angenommen hat, denn sonst könnte in diesem Falle kondiziert werden, da der Anspruch durch Verjährung erloschen, die Leistung sich dann als ein indebitum darstellte.[3]

Eine weitere Wirkung des verjährten Anspruchs ist die Gültigkeit eines vertragsmässigen Anerkenntnisses und einer Sicherheitsleistung, die in Unkenntnis der Verjährung vorgenommen sind. Auch hier ist die condictio nicht verstattet. § 222 Abs. 2 S. 1 lautet:

> „Das Gleiche gilt von einem vertragsmässigen Anerkenntnisse sowie einer Sicherheitsleistung des Verpflichteten".

1) Hanausek S. 313.

2) Dernburg Pandekten I § 150 a. 5, so auch Regelsberger Bd. 1, § 186 Ziff. 2, confer l. 26 § 3, § 7; l. 32 § 1, 46 de. cond. indebiti 12,6.

3) „In der Erfüllbarkeit des verjährten Anspruches; in dem Ausschluss der condictio indebiti bei einer in Unkenntnis der eingetretenen Verjährung zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs erfolgten Leistung liegt etwas völlig selbstverständliches, wenn wir auf dem Standpunkt der Klagenverjährung stehen, eine Abnormität vom Prinzip der Anspruchsverjährung." Hanausek S. 313.

Diese Norm lässt sich nicht mit derjenigen des § 812 Abs. 2 BGB. in Einklang bringen, denn ihr gemäss kann derjenige, welcher durch die vertragsmässige Anerkennung des Bestehens eines Schuldverhältnisses etwas ohne rechtlichen Grund verspricht, die Aufhebung des Anerkenntnisses verlangen. Da man das abstrakte Schuldversprechen als ein selbständiges Vermögensgut ansieht, so wird dasselbe vom Gesetzgeber einer Leistung gleichgestellt. Nehmen wir an, der obligatorische Anspruch sei durch die Verjährung erloschen, so liegen dann natürlich, falls der Verpflichtete die verjährte Forderung in Unkenntnis der Verjährungseinrede anerkennt, die Requisite für die condictio indebiti nach § 812 BGB. vor, nämlich die Erlangung eines Vermögensvorteils auf Kosten eines Anderen ohne rechtlichen Grund. Gehen wir aber von der richtigen Voraussetzung aus, dass die verjährte Forderung nach der Verjährung als ein unvollkommenes Schuldverhältnis übrig bleibt, dem zwar die Klagbarkeit genommen, doch andere Mittel seiner Geltendmachung vom Recht nicht abgesprochen sind, so wird dem Verpflichteten die Aufhebung des Anerkenntnisses zu verlangen mit Fug und Recht versagt, selbst wenn er zur Zeit der Eingehung desselben von der Verjährung keine Kenntnis hatte. Er erkennt ja nur ein debitum an, das noch rechtliche Existenz besitzt.

Das Anerkenntnis muss **„vertragsmässig"** erfolgen. Nicht einseitige Anerkennung des Schuldnes, wie sie zur Unterbrechung der Verjährung nach § 208 BGB. ausreicht, genügt, um die Verjährungseinrede auf-

zuheben.[1] Solche einseitige Anerkennung könnte nur dann rechtlich relevant sein, wenn sie in Kenntnis der bereits vollendeten Verjährung erfolgte und somit hierin einen Verzicht auf die Verjährungseinrede zu erblicken wäre.[2] Das BGB. verlangt im § 781 zur Gültigkeit eines Vertrages, durch den das Bestehen eines Schuldverhältnisses anerkannt wird, schriftliche Erteilung der Anerkenntniserklärung. Das Anerkenntnis einer verjährten Forderung muss also diese vom Gesetz vorgeschriebene Form wahren, um gültig zu sein.[3]

Hat der Schuldner nun andererseits in Unkenntnis der Verjährung eine Sicherheit geleistet, in welcher Weise es auch sein mag,[4] sei es durch Hinterlegung von Geld, sei es durch Bestellung eines Pfandrechts oder einer Hypothek; die Aufhebung der einmal geleisteten Sicherheit kann er nicht verlangen. § 222 Abs. 2 BGB.

Hat jedoch der Eigentümer für eine verjährte Forderung in Unkenntnis der Verjährung eine Hypothek an seinem Grundstück bestellt, so ist die Hypothekenbestellung scheinbar ohne rechtliche Wirksamkeit. Der Eigentümer hat, mag er persönlicher Schuldner sein oder nicht, wegen der akzessorischen Natur der

1) In der 2. Lesung des Entwurfs (Protokolle S. 2332 u. 2335) wurde der Antrag abgelehnt, dass jedes formlose Anerkenntnis genüge.

2) Planck S. 272.

3) Vgl. Enneccerus I § 140; Endemann Lehrb. I. § 93 S. 396 sub. 2; Crome System I § 117 S. 521; Levy S. 67. Anderer Meinung Rehbein, d. BGB. m. Erläuterungen S. 333 sub. 2 (Anfang). Er hält einen Anerkennungsvertrag, der den Vorschriften des § 145 BGB. genügt, für ausreichend.

4) § 232 BGB., subsidiär auch durch Bürgen.

Hypothek gegen diese nach § 1137 Abs. 1 BGB.[1] alle Einreden, die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehen. Der allgemeinen Regel des § 1137 BGB. zufolge stände dem Eigentümer auch die Einrede der Verjährung zu, die den Anspruch entkräftete. § 223 Abs. 1 BGB. bildet aber eine Ausnahme[2] von der Norm des § 1137, so dass die einmal bestellte Hypothek, trotzdem die Forderung verjährt ist, dem Gläubiger der verjährten Forderung verhaftet bleibt.[3]

§ 223 Abs. 1 BGB. liefert uns ferner den Beweis dafür, dass der Anspruch nach der Verjährung noch als klagloser fortbesteht. Bestimmt er doch, dass die Verjährung eines Anspruchs, für den eine Hypothek oder ein Pfandrecht besteht, den Berechtigten nicht hindert, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstand zu suchen.[4]

Diese Bestimmungen entsprechen vollständig dem Wesen des Verjährungsinstituts. Das einmal zur Sicherheit für eine Forderung Geleistete soll durch die inzwischen eingetretene Verjährung nicht entzogen werden. Dies galt schon im gemeinen Recht. So l. 7 C de. praescr. 7,39 und l. 61 (59) Dig. ad senatusconsultum Trebellianum 36,1.

---

1) Die gleiche Bestimmung trifft § 1211 BGB. zu Gunsten des Verpfänders.

2) So auch Fischer und Henle, Kommentar z. BGB. Erläuterung zu § 1137 Anm. 3: „Eine Ausnahme von Satz 1 macht für die Verjährung § 223 Abs. 1." Vgl. dagegen Levy S. 69.

3) Der Eigentümer kann also nicht gemäss § 1169 BGB. verlangen, dass der Gläubiger auf die Hypothek verzichte. Auch der Pfandgläubiger kann die Rückgabe des Pfandes nach § 1254 BGB. nicht fordern. Vgl. hierzu Planck I zu 223 sub. 2 S. 274.

4) So auch l 2 C. 8,30: Intellegere debes vincula pignoris durare personali actione submota.

Hier heisst es:

„remanet propter pignus naturalis obligatio."

Diese Quellenstelle gab zu den verschiedensten Auslegungen Anlass. Während die Anhänger der sogen. schwächeren Wirkung in ihr einen Beleg dafür sahen, dass die Verjährung immer eine naturalis obligatio übrig lasse,[1] nahmen die Vertreter der sogen. stärkeren Wirkung umgekehrt nicht Fortdauer des Pfandrechts wegen der naturalis obligatio, vielmehr Fortdauer der naturalis obligatio wegen der akzessorischen Natur des Pfandrechts — propter pignus — auf Grund theoretischer Konstruktion an.[2]

Sowohl die Hypothek als auch das Pfandrecht dienen im gleichen Masse zur Sicherung einer Forderung. Ihres akzessorischen Charakters wegen teilen sie das gleiche Rechtsschicksal mit ihr. Einreden, welche gegen die versicherte Forderung geltend gemacht werden, können sich auch gegen sie in gleicher Weise richten.[3] Doch ausnahmslos gilt auch dies nicht, denn nach § 1138 BGB. ist der Gläubiger einer Verkehrshypothek, nicht aber einer Sicherheitshypothek, schon deshalb weitgehender geschützt, weil sich die Wirkungen des öffentlichen Glaubens des Grundbuches mit auf die Forderung beziehen. Wenn nun § 223 bestimmt, dass, trotzdem die Forderung verjährt und ihr eine peremptorsiche Einrede entgegensteht, doch die für sie bestellten Hypotheken und Pfänder weiter haften, der Gläubiger sich also aus ihnen Befriedigung verschaffen

1) Dernburg, Pand. I § 150 S. 357.

2) Windscheid, Pand. I § 112 S. 499 Anm. 5

3) Daher wendet das BGB. die Bestimmungen des § 223 nicht auf Grund- u. Rentenschulden an, weil hier das akzessorische Moment fehlt.

kann, so steht diese Bestimmung im scharfen Gegensatz zu den §§ 1169 und 1254 BGB. Hiernach kann nämlich der Eigentümer resp. der Verpfänder, wenn dem Anspruch eine peremptorische Einrede entgegensteht, verlangen, dass der Gläubiger auf die Hypothek verzichte, der Pfandgläubiger das Pfand wieder zurückgebe. Die Verjährungseinrede, die der versicherten Forderung entgegengesetzt wird, hat also trotz ihres gleichfalls peremptorischen Charakters diese Wirksamkeit nicht.[1] Fragen wir uns nach dem Grund dieser Erscheinung, so können wir den Fortbestand des Pfandrechts bezw. der Hypothek nur dadurch erklären, dass die Forderung nach der Verjährung als eine klaglose noch übrig bleibt und eine genügende Grundlage für die Sicherheit bietet. Wir können aus der Gesetzesbestimmung des § 223 abermals auf das Vorhandensein einer unvollkommenen Obligation schliessen.

Für letztere Annahme bietet uns fernerhin noch § 1252 BGB. einen schlagenden Beweis. Dieser lautet:

„Das Pfandrecht erlischt mit der Forderung, für die es besteht."

Das Pfandrecht an beweglichen Sachen hat im BGB. einen streng akzessorischen Charakter, viel weit-

1) Ist für einen Anspruch eine Vormerkung eingetragen, der Anspruch aber nachträglich verjährt, so kann § 886 BGB. gemäss derjenige, dessen Grundstück oder Recht von der Vormerkung betroffen wird, die Aufhebung derselben verlangen, weil ihm in diesem Falle gegen den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch die peremptorische Einrede der Verjährung zusteht. Dies wird meiner Ansicht nach durch § 223 BGB. nicht ausgeschlossen. Übereinstimmend Rehbein, Erläuterungen, Allg. Teil zu § 223 S. 334 sub 3 Abs. 2 und Planck, Kommentar S. 274 unter § 223 Abs. 2; Levy S. 67.

gehender als die Hypothek, so dass die Existenz der Forderung die des Pfandrechts bedingt und ferner, dass mit dem Erlöschen der Forderung das Pfandrecht mit untergeht. Lässt aber § 223 BGB. das Pfandrecht nach der Verjährung weiterbestehen,[1] so können wir durch argumentum a contrario auf das Vorhandensein einer durch dasselbe versicherten Forderung schliessen. Diese besteht trotz eingetretener Verjährung dennoch fort, wenn auch ihre Geltendmachung wesentlich beschränkt ist.

Daraus ist auch die weitere Vorschrift des § 223 Abs. 2 zu erklären. Ist hiernach zur Sicherung eines Anspruchs ein Recht übertragen, so kann die Rückübertragung auf Grund der Verjährung des Anspruchs nicht gefordert werden. Es handelt sich hier um eine fiduziarische Verpfändung, das heisst um eine Übertragung des Rechts (z. B. des Eigentumsrechts an Wertpapieren); jedoch im Innenverhältnis nur zu Sicherungszwecken. Die fiduziarische Verpfändung ist im § 223 BGB.[2] der wirklichen gleichgestellt.[3] Erst nachdem der verjährte Anspruch getilgt ist, kann der

1) Das gleiche gilt bei der streng akzessorischen Sicherungshypothek. § 1184 BGB.

2) Auf die Sicherheitsleistung durch den Bürgen bezieht sich die Vorschrift des § 223 nicht. Wird ein Bürge bei Verjährung der Hauptschuld in Angriff genommen, so ist er durch die Verjährung an sich nicht schon befreit. Er kann das dem Hauptschuldner zustehende, durch die Verjährung erworbene, Verweigerungsrecht geltend machen. Durch § 768 ist dem Bürgen gestattet Einreden des Hauptschuldners geltend zu machen, mithin auch die Verjährungseinrede. Dadurch erhält er die Möglichkeit die Leistung zu verweigern.

3) Motive I. S. 345. „Wirtschaftlich stehen sich die Fälle im Wesentlichen gleich." Komm. Protok. I S. 236

römischen fiducia analog die Rückübertragung des Rechts verlangt werden.

Zu Gunsten der Anspruchsverjährung bestimmt § 223 Abs. 3 BGB., dass die Vorschriften der beiden ersten Absätze dieses Paragraphen keine Anwendung finden sollen, wenn es sich um die Verjährung von Ansprüchen auf Rückstände von Zinsen und anderen wiederkehrenden[1] Leistungen handelt. Hierin liegt eine Neuerung zum Entwurf, der für den gegebenen Fall nur die Wirkung des ersten Absatzes des § 223 ausschloss.[2] In diesen vom Gesetz vorausgesehenen Fällen werden durch Vorschützen der peremptorischen Verjährungseinrede die Hypothek und das Pfandrecht rückgängig gemacht. Es liegt hierin scheinbar eine Ausnahme zu Gunsten der Anspruchsverjährung. Doch nur Zweckmässigkeitsgründe haben den Gesetzgeber hierbei geleitet, indem den Interessen der Pfandeigentümer ohne diese Beschränkung in unbilliger Weise zu nahe getreten wäre.[3] Das A. L-R. hatte schon die gleiche Bestimmung getroffen.[4]

Endlich erübrigt sich noch die Frage, ob die Kompensation mit einer verjährten Forderung zulässig sei?

Im allgemeinen ist dies zu verneinen.

Schon für das gemeine Recht nahmen die meisten Rechtslehrer an, dass es dem Institut der Verjährung

---

1) d. h. wiederkehrende, nicht nur regelmässig wiederkehrende Leistungen, wie nach § 197 BGB. Übereinstimmend Planck S. 274 Anm. 4.

2) Motive I S. 345.

3) Motive I § 183 Abs. 1 S. 345.

4) Vgl. die ähnlichen Bestimmungen des römischen Rechts I 26 pr. C. de usceris 4,32; Dernburg, Pand. I § 150 Anm. 12 u. 13.

widersprechen würde, wenn eine verjährte Forderung immer noch zur unfreiwilligen Kompensation gegen eine erst nach der Verjährung entstandene Gegenforderung benutzt werden könnte.[1] Nur allein mit einer klagbaren Forderung kann aufgerechnet werden;[2] kann doch nur dann von einer Aufrechnung die Rede sein, wenn sich zwei rechtsgültige, durch peremptorische Einrede[3] nicht entkräftbare, Forderungen gegenüberstehen. So bestimmt auch BGB. § 390, Satz 1:

„Eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, kann nicht aufgerechnet werden".

Diese Bestimmung erleidet jedoch eine Ausnahme durch § 390 Satz II, der bestimmt, dass eine verjährte Forderung dann noch zur Aufrechnung verwendet werden kann, wenn sie zu der Zeit, zu welcher sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war.[4] [5]

Hierdurch werden die Wirkungen der Verjährung zu Gunsten der Gläubiger der verjährten Forderung

1) So Dernburg Pandekten II § 5 S. 14. Seuffert § 287 Nr. 13; Mühlenbruch § 481; Arndts § 277 Anm 1.

2) RG. Bd 1 S. 130. „Mit Forderung aus Spiel und Wette kann nicht aufgerechnet werden."

3) l. 14 D. 16,2: „Quaecumque per exceptionem peremi possunt, in compensationem non veniunt." Vgl. auch Motive II S. 106.

4) So auch die für das gemeine Recht herrschende Ansicht Dernburg, Pandekten II § 5; Regelsberger 1 § 186. fr. 18 § 1 D. 13,5. ALR. I 16 § 377.

5) Eine Ausnahme von den oben im Text dargelegten Grundsätzen gilt bezüglich des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Mängel einer gekauften Sache § 479 BGB. § 390 BGB. kommt wieder zur Anwendung, wenn es sich um Hauptmängel eines verkauften Tieres handelt, oder wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. § 479 Abs. 2 BGB.

in billiger Weise eingeschränkt.[1] Die Aufrechnung hat hier rückwirkende Kraft; waren die Forderungen, als sie sich gegenüberstanden, noch nicht verjährt, so soll eine später eingetretene Verjährung einer Forderung ihre Kompensabilität nicht aufheben.

Insofern ist auch im BGB. die ipso jure Kompensation gegeben.

Gerade durch ihre Aufrechnungsfähigkeit zeichnet sich die verjährte Forderung vor allen anderen unvollkommenen Obligationen aus, während der Entwurf ihre Kompensabilität noch nicht anerkannte.

Die Aufrechnung bleibt ferner auch dann ausgeschlossen, wenn Kompensant zur Zeit der Verjährung seiner Forderung noch nicht berechtigt war seinerseits die Forderung des Kompensaten zu erfüllen.

Liegen die Voraussetzungen des § 390 Satz II BGB. nicht vor, so steht dem nichts im Wege, wenn der Schuldner eines verjährten Anspruchs sich zur Kompensation mit der verjährten Forderung bereit erklärt. Es liegt dann aber ein Aufrechnungsvertrag vor, der zugleich einen Erlassvertrag stillschweigend enthält.

Dass nach der Verjährung des Anspruchs eine unvollkommene Verbindlichkeit übrig bleibt, beweist auch noch § 478 BGB. Trotz Verjährung des Anspruches auf Wandelung oder Minderung des Kaufpreises ist der Käufer dennoch berechtigt denselben noch einredeweise gegen die Forderung auf den Kaufpreis geltend zu machen, vorausgesetzt dass er dem Verkäufer den

1) Im Gegensatz zu den Motiven, die eine Kompensation mit einer naturalis obligatio für ausgeschlossen hielten. Motive II S. 106.

Mangel rechtzeitig angezeigt hat. Das Recht als solches besteht noch, nur der Anspruch ist verjährt.[1] [2]

Das Resultat unserer Untersuchungen über die Wirksamkeit der verjährten Forderung können wir dahin zusammenfassen, dass wir hier eine Erscheinung wiederfinden, welche die Eigentümlichkeiten der gemeinrechtlichen naturalis obligatio aufweist. Auch der verjährten Forderung haftet die mit exceptio geltend zu machende Klaglosigkeit an; dagegen ist sie zahlbar, kann anerkannt und gesichert werden, auch haften die alten Pfänder und Sicherheiten weiter. Die Kompensation ist, wenn auch nur im beschränkten Masse, zulässig. Es finden sich somit fast alle Wirkungen, die bei der gemeinrechtlichen naturalis obligatio möglich waren; nur die Bürgschaft ist ausgeschlossen.[3] So können wir bei der verjährten Forderung gewissermassen von einer der gemeinrechtlichen naturalis obligatio gleichartigen Erscheinung sprechen, zumal auch bei dieser die einzelnen Wirkungen nicht immer dieselben waren.

---

1) Endemann, Einführung in d. Studium d. BGB. S. I 32 A. 2.

2) Gehen wir noch auf den speziellen Fall der Gesamtschuld ein, so kommt die Verjährung der Forderung nur dem Gesamtschuldner zu Gute, für den sie vollzogen ist. Jeder der Gesamtschuldner ist persönlich verhaftet, er kann sich nicht darauf stützen, dass ein Mitschuldner die Verjährungseinrede geltend machen kann. § 425 BGB.

3) Mit der im Text vertretenen Ansicht, dass die verjährte Forderung des BGB. an die gemeinrechtliche naturalis obligatio erinnert, wenn nicht gar gleichartig ist, stimmt die Litteratur überein. Vgl. Windscheid-Kipp II § 289 S. 175 Nr. 1; Endemann I § 99 S. 418; Matthiass I § 72 S. 321; Cosack § 80 S. 287 Nr. 5; Meyer S. 31; Levy S. 61 Anm. 21; Enneccerus-Lehmann I § 148 S. 339; Ubbelohde S. 217. 1; Stammler S. 28 § 6; Planck II S. 6; Örtmann, Kommentar S. 2; Dernburg BR. § 3 S. 10 No. 2.

§ 5.

Spiel und Wette; Differenzgeschäft.

a) Spiel und Wette.

Eine weitere Erscheinung, die sich mit der naturalis obligatio des gemeinen Rechts vergleichen lässt, findet sich in der Spiel- und Wettschuld des BGB. sowie in den ihr analog zu behandelnden Fällen aus §§ 762—764 BGB. Sie äussert gleich wie die übrigen noch in Betracht zu ziehenden Erscheinungen in weit nicht so umfassendem Masse die Wirkungen der gemeinrechtlichen naturalis obligatio, wie wir es soeben bei der verjährten Forderung gefunden haben; doch stehen ihnen allen gemeinsam gewisse schwächere Wirkungen derselben zu.[1]

Was unter Spiel und Wette rechtlich zu verstehen sei, darüber spricht sich das BGB. nicht näher aus.

Letzterer sieht auch dann eine natürliche Verbindlichkeit als vorliegend an, wenn ein Anspruch, der innerhalb einer bestimmten Frist bei der Verwaltungsbehörde geltend zu machen war, wegen Fristversäumnis des Klagerechts verlustig geht. Wohl mit Recht, denn es liegt hier ein klagloser, doch erfüllbarer Anspruch vor.

1) Endemann, Einführung in d. Stud. d. BGB. I S. 847, spricht denselben Gedanken aus: „Die Ablehnung der rechtlichen Anerkennung ist indessen gegenüber der Forderung aus dem Spiel stärker als bei den anderen natürlichen Verbindlichkeiten."

Dem Vorgange der modernen Kodifikationen folgend,[1] vermeidet es Definitionen der Spiel- und Wettverträge zu geben und überlässt die Entscheidung dieser Frage der Wissenschaft; um so mehr, als es Spiel und Wette denselben Regeln unterstellt.[2] Der Begriff der Wette und des Spiels, insbesondere die Abgrenzung von Spiel und Wette untereinander, haben von jeher zu grossen Kontroversen Anlass gegeben, welche durch die Neuregelung des BGB. an praktischem Wert ungemein eingebüsst haben.

Unter Spielvertrag versteht man mit der herrschenden Lehre einen Vertrag, bei dem die Parteien Gewinn und Verlust unter entgegengesetzten Bedingungen vereinbaren; lediglich um durch Zufall einen Gewinn zu erzielen oder sich die Zeit zu vertreiben.[3]

Wettvertrag dagegen ist ein Vertrag, bei dem sich die Parteien zur Bekräftigung gewisser Behauptungen gegenseitig verpflichten, dass jeder Partei, deren Behauptung sich als richtig erweist, von der anderen eine bestimmte Leistung zu machen ist.[4]

Spiel und Wette erhielten stets eine verschiedene rechtliche Behandlung.

---

1) So StGB., ALR., sächs. BGB., code civil, Schweizer Obligationenrecht.

2) Für das Strafrecht bleibt die Unterscheidung des Spiels von der Wette noch von Bedeutung; denn nur das Glücksspiel wird bestraft §§ 284, 285, 360, Ziffer 14 StGB.

3) Vgl. Planck II S. 501; Dernburg Pand. II S. 286; im wesentlichen übereinstimmend auch Cosack S. 570 sub I. 1 b.

4) Wenn es auch ausserhalb des Rahmens unseres Themas liegt, näher darauf einzugehen, wie die verschiedenen Theorieen die Abgrenzung beider Begriffe zu scheiden versucht, so soll doch das Resumée der Hauptansichten knapp anmerkungs-

In Rom waren seit ältester Zeit Spiele, insbesondere Glückspiele, bekannt. Diese waren nach römischem Recht verboten und nichtig. Erlaubt und rechtlich vollwirksam waren die Kampfspiele virtutis causa und Unterhaltungsspiele um das, quod in convivio vescendi causa ponitur (l. 2 § 1 D 11,5 u. l. 4 per D. 11,5). Hiervon abgesehen kann aus einem Spielvertrag auf Erfüllung der Schuld nicht geklagt werden, während

---

weise dargelegt werden: Thöl, Handelsrecht Bd. I § 304, auch Walter, deutsches Privatrecht 1885 § 369, Gaus, Beiträge zur Revision der pr. Gesetzgebung, Berlin 1832 S. 167 ff, u ziemlich mit Thöl übereinstimmend Wächter, Pandekten 1880 Bd. 2 S. 487, nehmen an, dass beim Spiel die Parteien selbst durch ihre eigene Tätigkeit die Entscheidung herbeiführten, während dies bei der Wette nicht der Fall sei. Goldschmidt in seiner Zeitschrift für Handelsrecht NF. Bd. 13 S. 294 schliesst die Tätigkeit bei der Wette jedoch nicht aus. Diese Ansicht (Thöl, Begründer) ist viel bekämpft. Es wurde ihr entgegengehalten, dass sie auf reiner Willkür beruhe; da die menschliche Tätigkeit eine äussere Erscheinung sei, die für die rechtliche Behandlung eines Geschäftes einflusslos wäre. Einen tieferen Unterschied zwischen Spiel und Wette sucht eine weit verbreitete, wohl die herrschende Meinung in dem unterscheidenden Kriterium der Absicht der Parteien zu finden. Beim Spiel sei das Motiv stets auf Gewinnen, bei der Wette nur auf Bewährung der Richtigkeit einer aufgestellten Behauptung gerichtet. Über das Motiv zum Spiel sind die Auffassungen wieder geteilt. Nach der einen ist die Gewinnsucht das entscheidende Moment (Wilda Bd. 8 S. 211; Dernburg BR. II § 211 und Matthiass I § 130 S. 637), nach der anderen der Wunsch sich zu unterhalten und die Zeit zu vertreiben. (So Cosack I BR. § 156 S. 570; Beseler S. 538 Anm. 3) oder am Wagnis zu ergötzen (Maurer, Krit. Vierteljahrschrift Bd 21 S. 214), endlich sollen alle angeführten Umstände die Basis des Spiels bilden können (So Enneccerus-Lehmann § 320 S. 684 ff ; Windscheid a. a. O. § 419).

Dieser letzteren Ansicht schliesse ich mich auch an, weil allein in der Absicht das Hauptkriterium liegt. Eine besondere Ansicht vertreten noch Seuffert, Archiv für civil. Praxis Bd. 9 S. 434 und von der Pfordten, Abhandlungen S. 330.

die einmal gezahlte Spielschuld kondizierbar ist. Diese Rückforderungsklage verjährte erst in 50 Jahren und ging selbst auf die Erben über (l. 1, § 2 C 3,43). Wetten (sponsiones) waren dagegen nach römischem Recht klagbar und erlaubt.[1]

Auch im alten deutschen Recht finden wir über Spiel und Wette Rechtsgrundsätze, die sich aus dem deutschen Rechtsbewusstsein herausgebildet haben. Tacitus überliefert uns, dass die Germanen in heisser Leidenschaft dem Spiele huldigten.[2] Nach dem Sachsenspiegel waren Spielschulden gültig, verpflichten aber den Erben nicht. Sachsenspiegel I, 6 § 2. Dûbe noch roub noch topelspiel (Würfelspiel) en (nicht) is her (der Erbe) phlichtig zu geldene (vergüten). Im übrigen herrscht unter den Quellen des deutschen Rechts keine Einigkeit über die rechtliche Regelung des Spiels.

So verschieden aber auch immer die deutschen Rechtsgrundsätze über das Spiel sein mögen, darin stimmen sie alle überein, dass die einmal gezahlte Spielschuld nicht zurückgefordert werden kann.[3] Sind doch „**Spielschulden Ehrenschulden**".

Wetten bleiben nach deutschem[4] Recht auch gültig und klagbar, es soll niemand mit seinem kundgegebenen Willen in Widerspruch treten.[5]

---

1) Vgl. Windscheid-Kipp § 420,2; Dernburg Pand. II § 105; Glück, S. 350 ff.; l. 17 § 5 D. 19,5.

2) Tacitus, Germania C. 24.

3) Den Wegfall der condictio beim erlaubten, klaglosen Spiel sprechen z. B. das Prager Recht und das Magdeburger Recht, insbesondere die Polizeiverordnung aus.

4) Zuweilen aber auch klaglos, so das Regensburger Stadtrecht 1320.

5) svat de det, dat sal he stede.

Im gemeinen Recht finden wir bei der Spielschuld die deutschrechtliche Anschauung[1] rezipiert, während die Wetten dem römischen Rechte analog als gültige Obligationen behandelt werden.[2]

Somit ist die Spielschuld im gemeinen Recht der naturalis obligatio wohl gleichzustellen; denn sie ist wie diese zahlbar, wenn auch klaglos und nicht kompensabel.

Auch das BGB. hat die deutsche Auffassung über Spielschulden anerkannt, stellt aber dem Spiel die Wette gleich.[3] In beiden sieht es ebenfalls eine Erscheinung, die der gemeinrechtlichen naturalis obligatio ähnlich ist. Im § 762 bestimmt es:

„Durch Spiel und Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet, das auf Grund des Spieles oder der Wette Geleisteste kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat".

Dieser Vorschrift gemäss sollen Spiel- und Wettvertrag eine Verbindlichkeit nicht begründen.[4] Diese

1) Dernburg, Pand. II § 104 Anm. 7; Windscheid, Pand. II § 419 geht noch weiter. Er hält Spiele zum Zweck der geselligen Unterhaltung innerhalb der Grenzen derselben sogar für klagbar.

2) Auch das ALR. gab bei Spielschulden keine Klage, doch war die condictio auch ausgeschlossen. Aus einem Wettvertrage war eine Klage nur dann zulässig, wenn die Wettsummen sogleich bar gesetzt und entweder gerichtlich oder in die Verwahrung eines Dritten hinterlegt wurde. Ungiltig waren die Wetten „à coup sûr." Vgl. A. L-R I. 11 §§ 577, 78, 79 und 580.

3) Schon der Entwurf enthält eine Zusammenfassung beider Verträge zu einem Ganzen §§ 664, 665.

4) Im code civil § 1965 ist aus Spiel und Wette ebenfalls keine Klage gegeben, das freiwillig Geleistete ist auch hier nicht kondizierbar. So auch sächsische BGB. § 1480.

Bestimmung bedeutet nun nicht, dass der Vertrag an sich nichtig sei, vielmehr ist sie so zu erklären, dass das Gesetz unter Verbindlichkeit nur **klagbare** Obligationen versteht,[1] sich aber im vorliegenden Falle scheut von Verbindlichkeiten zu sprechen, weil die Klagbarkeit ausgeschlossen ist. Der Entwurf sprach noch weniger zutreffend, dass durch Spiel und Wette ein Schuldverhältnis nicht begründet werde. Hierbei meint er natürlich ein **klagbares** Schuldverhältnis.

„Da nach ihm das obligatorische Recht sich im Anspruch erschöpft, so konnte er auch nicht, da der Anspruch ausgeschlossen, von einem Recht ohne Anspruch sprechen. Er musste daher selbst das Recht negieren".[2] Viel klarer und deutlicher hätte das Gesetz die Wirkung des Spieles dadurch ausgesprochen, wenn es gesagt, dass der durch Spiel oder Wette begründete Anspruch nur **die** Rechtswirksamkeit besitze, dass die zu seiner Erfüllung erfolgte Leistung wegen ungerechtfertigter Bereicherung nicht zurückgefordert werden kann. Das BGB. hat jedoch die Fassung des Entwurfs beibehalten und vermeidet dort von Ansprüchen zu sprechen, wo es die Klagbarkeit gerade ausschliessen will.

Mithin entsteht aus dem Spiel- und Wettvertrage ein gültiges Schuldverhältnis, dem aber die Rechtsordnung in nur beschränktem Masse rechtliche Anerkennung gewährt, indem es ihm vor allem die Klag-

---

1) Dernburg, BR. II. § 3.
2) So Gierke 42.

barkeit versagt.[1] Wäre der Vertrag nichtig,[2] so hätte dies das Gesetz zum Ausdruck gebracht, und würde die condictio indebiti nicht ausschliessen, da sich dann die solutio als ein indebitum darstellte. Ist die Spielschuld bezahlt, so lässt das Gesetz eine Rückforderung deshalb nicht zu, weil eine **klagbare** Verbindlichkeit nicht bestanden habe. Die soluti retentio ist auch hier geradeso wie im gemeinen Recht das charakteristische Merkmal dieser unvollkommenen Verbindlichkeit.

Doch auch nicht gegen jede Rückforderungsklage ist der Gewinner des Spieles geschützt, die sich z. B. auf mangelnde Geschäftsfähigkeit, Willensmängel, Drohung oder Betrug[3] gründet; denn § 762 BGB. schliesst die Rückforderung nur dann aus, wenn sie darauf gestützt wird, dass eine Verbindlichkeit, d. h. ein klagbares Schuldverhältnis nicht bestanden hat.

---

1) Nimmt man dies nicht an, leugnet man das Vorhandensein eines unvollkommenen Schuldverhältnisses, so könnte man die Bestimmung des § 762 sich nur so erklären, dass §§ 138 u. 817 zufolge das gegen die guten Sitten verstossende Rechtsgeschäft nichtig ist und dass auf Grund eines solchen Rechtsgeschäfts Geleistete deshalb nicht zurückgefordert werden kann, weil der Versprechende durch die Eingehung der Verbindlichkeit selbst gegen die guten Sitten verstiess. Vgl. Mot. II S. 646; Planck, Komm. II S. 500, 502; Meyer, S. 32.

Doch ist diese Ansicht unrichtig, da der Gesetzgeber das Spiel nicht als unsittlich auffasste.

2) Kipp II (S. 175) sieht den Spielvertrag als nichtig an, nimmt aber gleichwohl eine natürliche Verbindlichkeit an, auf deren Grundlage die Nichtigkeit des Vertrages durch Erfüllung geheilt wird.

3) z. B. der Empfänger der Wettschuld hat bei dem Abschluss des Wettvertrages von dem Ausgang der Wette Gewissheit gehabt und dies dem anderen Teile verschwiegen. Vgl. Motive II 645, 646.

Hierbei macht das Gesetz keinen Unterschied, ob der Leistende es wusste oder es ihm unbekannt war, dass es sich um eine Spiel- oder Wettschuld handelte.[1] So kann der Erbe des Schuldners, wenn er in Unkenntnis darüber, dass eine Spiel- oder Wettschuld vorliege, gezahlt hat, nicht kondizieren.[2]

Da nach allgemeinen Grundsätzen des § 814 BGB. die Rückforderung des Gezahlten schon dann ausgeschlossen ist, wenn der Leistende zur Zeit der Zahlung wusste, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war, dieselbe vielmehr nur dann gegeben ist, wenn er in Unkenntnis darüber gezahlt hat; so können wir aus der besonderen Bestimmung des § 762 BGB., der auch im Fall der Zahlung[3] bei Unkenntnis der Nichtverpflichtung die soluti retentio gestattet, schliessen, dass der Gesetzgeber die Spiel- und Wettschuld als ein unvollkommenes Schuldverhältnis anerkennt.[4]

Die Klaglosigkeit der Spiel- und Wettschuld verbunden mit ihrer Erfüllbarkeit decken sich im wesentlichen mit der gemeinrechtlichen naturalis obligatio. Wären wir zu diesem Resultut nicht durch die Be-

1) Scherer, Schuldverh. Kommentar S. 1070 Bem. 2 schliesst dies daraus, dass das Gesetz nur sagt „das Geleistete“ und nicht „das freiwillig Geleistete“, denn aus „freiwillig“ geht hervor, dass der verlierende Spieler das Geleistete zurückfordern kann, wenn er geglaubt hatte, die Zahlung könne gerichtlich erzwungen werden. Vgl. Crome II § 289 Anm. 25, dagegen Hachenberg S. 55.

2) Motive II Seite 644.

3) Der Zahlung steht die Hinterlegung gleich, wenn das Recht der Rücknahme ausgeschlossen ist. § 376 BGB.

4) Vgl auch Planck, Komm. Vorbem. 1 zu § 762 S. 500; Endemann a. a O. I S. 846, 847.

stimmung des § 662 BGB. gelangt, so könnten wir dasselbe vielleicht aus den §§ 138 I und 871 II BGB. folgern. Hiernach ist ein gegen die guten Sitten verstossendes Rechtsgeschäft nichtig, das auf Grund eines solchen Rechtsgeschäfts Geleistete kann nicht zurückgefordert werden, wenn der Versprechende durch Eingehung der Verbindlichkeit gegen die guten Sitten verstossen hat. Doch auf diesem Wege kommen wir nicht zu dem gewünschten Ergebnis, weil besagte Gesetzesbestimmungen für Spiel und Wette nicht zutreffen.

Die ratio legis ist vielmehr die, dass der Abschluss eines Spielvertrages nicht ein unsittliches Rechtsgeschäft sei, wäre es doch sonst ganz unerklärlich, dass der Staat selbst die im BGB. als besondere Art des Spiels behandelte Lotterie betreibt. Natürlich, wenn gewisse Spiele vom Strafgesetzbuch ausdrücklich als unsittlich verboten sind, so muss auch der Vertrag nach Civilrecht als nichtig gelten, da ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstösst, nichtig ist. § 134 BGB. Die Rückforderung der erfüllten Spielschuld erfolgt dann nach den allgemeinen Grundsätzen des § 812 BGB.[1] Vgl. auch § 817, es sei denn, dass

1) Vgl. Motive II S. 644 u. Gierke S. 256, der die besonderen Fälle, die Rückforderung gestatten, gesetzlich kodifiziert haben will.

NB.: Das Verbotsgesetz (StGB.) kann zwar eine mildere Wirkung haben, so dass nicht unbedingt Nichtigkeit eintritt. Wann und ob dies der Fall, ist Auslegung der einzelnen Strafbestimmung — Näheres Endemann I § 187 b. 1; Örtmann zu § 762; Cosack I S. 572 Nr. 4 A.; Crome II § 289. Vgl. auch Levy, S. 44, der im Fall der §§ 284 und 360,14 StGB. Nichtigkeit des Vertrages annimmt.

den Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoss zur Last fällt und somit die Rückforderung ausschliesst. Das Gesetz wollte also dem erlaubten Spiel- und Wettvertrage nicht, wie dem wucherischen Geschäfte, vollständig die Anerkennung versagen, sondern ihm nur, weil es ihn missbilligt, die Klage nicht verstatten. Die Motive betonen, dass diese Regelung dem deutschen Rechtsbewusstsein entspräche.[1] Einerseits darf kein Zwang bestehen zur Erfüllung besagter Verträger, weil sie wegen ihres mangelnden wirtschaftlichen Interesses und der grossen „sozialen und sittlichen Gefahr",[2] die sie mit sich bringen, des Rechtsschutzes unwürdig sind. Andererseits muss das Recht die freiwillige Erfüllung von Spielschulden anerkennen, indem es der Sitte Rechnung trägt, da „Spielschulden Ehrenschulden" sind.[3] Der Ausschluss der Rückforderung empfiehlt sich auch deshalb, weil Prozesse über Spiel und Wettschulden, gleichviel ob die Leistung erfolgt ist oder nicht, überhaupt nicht zugelassen werden.[4]

---

1) Die Gründe hierfür sind in den Kommissionsberatungen zur Sprache gekommen. Protokolle zum 2. Entwurf, Berlin 96/98. Bd. 2. S. 3170 ff. Vgl. Hachenberg, S 53.

2) Endemann spricht von einer wirtschaftlichen Gefahr des Spiels (Lehrb. I S 846 § 187; Dernburg, Pand. II S. 286 sagt: „Ungezügelte Spiellust untergräbt häufig das Wohl einzelner, ja ganzer Gesellschaftskreise." Im BR. II 2 S. 139 spricht er von einem sozialen Krebsschaden, zu dem die Spiellust leicht ausartet.

3) Ihering, Zweck im Recht Bd 2 S. 284 bemerkt in dieser Hinsicht zutreffend: „die Sitte verlangt, dass man das im Spiele Verlorene zahle, auch wenn das Recht einen Anspruch darauf nicht zugesteht oder wohl gar das Spiel verboten hat. Wer seine Spielschulden entrichtet, schenkt nicht, sondern bezahlt".

4) Motive II S. 644.

Weder aus dem Spiel- noch Wettvertrage können gerichtlich oder aussergerichtlich Forderungen geltend gemacht werden. Die Vorschrift des § 762 BGB. ist **zwingender** Natur. Dem gewinnenden Teile wird eine Klage auf Gewinn und Einsatz nicht gewährt. Selbst die Vollziehung der Spielverträge durch Vornahme der vereinbarten Spieltätigkeit kann nicht durch Klage erzwungen werden.[1] Die Klaglosigkeit resp. die Unverbindlichkeit der Spiel- und Wettverträge ist im Prozesse nicht ope exceptionis, sondern ex officio zu berücksichtigen. Die Klage muss, trotzdem der Beklagte im Termine nicht erscheint, von Amts wegen zurückgewiesen werden.[2]

§ 762 Abs. 2 BGB. bestimmt ferner noch, dass die schon erörterten Vorschriften des Abs. 1 dieses Paragraphen auch auf eine Vereinbarung Anwendung finden, durch die der verlierende Teil zum Zweck der Erfüllung einer Spiel- oder Wettschuld dem gewinnenden Teile gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, insbesondere für ein Schuldanerkenntnis.

Der Gesetzgeber sah sich zur Aufnahme dieser Bestimmung gezwungen, damit der Grundsatz, dass Spiel- und Wettvertrag eine Verbindlichkeit nicht erzeugen, nicht umgangen wird. So könnte ja die unklagbare Spielschuld indirekt klagbar werden. Daher

---

1) So Dernburg BR. II_1 S. 10 u. Endemann I S. 847. Vgl. auch im wesentlichem übereinstimmend Planck, Kommentar zu § 762 S. 103, Enneccerus I § 320 Z. 4; Endemann I § 187, I b. 2.

2) Das Gleiche gift, wenn er zwar erscheint, jedoch nicht verhandelt oder, falls er die Einrede aus dem Spiel nicht vorschützen will.

kann aus einem Schuldanerkenntnis oder Schuldversprechen,[1] die man über eine Spiel- oder Wettschuld erteilt hat, auf Erfüllung derselben nicht geklagt werden. Ist doch jedem Rechtsgeschäft, das sich auf die causa des Spieles gründet, die verpflichtende Rechtswirksamkeit genommen. Auch hier tritt eine Berücksichtigung von Amts wegen ein, und es bedarf nicht mehr einer Einrede die Leistung zu verweigern und Befreiung von der Verpflichtung zu verlangen, wie es der Entwurf[2] demjenigen gewährte, der über eine Spiel- oder Wettschuld ein Schuldanerkenntnis erteilt hatte. In allen Fällen kann der Schuldner gemäss § 812 BGB. die Herausgabe der ausgestellten Schuldscheine verlangen, es sei denn, dass sie sich in Händen eines gutgläubigen Dritten befinden.

Mit einer Forderung aus Spiel und Wette kann der gewinnende Teil gegen eine Forderung des Verlierers ohne dessen Willen nicht aufrechnen; denn die Kompensation setzt vor allem klagbare Forderungen voraus. § 387 BGB. bestimmt, dass jeder Teil mit seiner Forderung erst aufrechnen kann, sobald er die ihm gebührende Leistung zu fordern berechtigt ist. Eine freiwillige Aufrechnung des

---

1) So könnte z. B. durch Cession oder Eingehung einer Wechselverpflichtung für die Spielschuld, endlich durch Umwandlung derselben in eine Darlehnsschuld gemäss § 607, die Bestimmung des § 762 leicht umgangen werden.

2) Motive II S. 645. Das Gesetz hat demnach die Bestimmungen des Entwurfs, die sich nur auf das Schuldanerkenntnis bezogen, auch auf andere dem Verlierer lästige Schuldverpflichtungen ausgedehnt.

3) Motive II S. 106 und S. 644.

Spielschuldners im Wege des Kompensationsvertrages[1] ist natürlich zulässig. Gegenseitig können Spiel- und Wettschulden aufgerechnet werden, sie werden dann in Höhe der Aufrechnungssumme getilgt.[2]

Hat sich ferner jemand für eine Spielschuld verbürgt, so ist die Bürgschaft ungültig,[3] denn sie setzt eine vollgültige Verpflichtung des Hauptschuldners voraus. Auch ein Pfand kann für sie nicht rechtswirksam bestellt werden,[4] und die Retention wegen einer Spielschuld ist ausgeschlossen. Wird für eine Spiel- oder Wettschuld eine Hypothek bestellt und eingetragen, so entsteht eine Eigentümerhypothek. § 1163. BGB. Ein Vergleich darüber, ob ein Vertrag als Spiel- oder Wettvertrag aufzufassen sei, ist an sich gültig. Der Vertrag aber, in dem die Spiel- oder Wettschuld ihrem Betrage nach im Wege des Vergleiches festgestellt wird, ist unwirksam.[5] [6]

Wir sehen aus diesen Bestimmungen, dass das BGB. diese unvollkommene Verbindlichkeit mit keiner anderen Wirkung ausstattet, als mit dem Ausschluss der condictio indebiti, indem es aus rechtspolitischen Gründen jeden weiteren Zwang zur Geltendmachung der Spiel- oder Wettschuld versagt. Da eine causa debendi vorhanden, ist die soluti retentio beim Spiel gerechtfertigt.

1) Dernburg BR. II § 212 I_2 Anm. 2. Einseitig kann der Gewinner nicht aufrechnen.

2) RG. Bd. 1 S. 129. Enneccerus I § 320 II.

3) Planck, Komment. Bd. II S. 503. Matthiass I S. 638.

4) RG. Bd. 35 S. 288.

5) Crome § 289, Z. 2. Planck Bd. II zu 762, 1a.

6) Eine Spielschuld kann auch durch eine Vertragsstrafe nicht erzwungen werden. Crome Bd. II § 178 und § 289. Ziff. 2.

Die solutio kann nun in der verschiedensten Weise erfolgen, so durch Hingabe von Geld, Erlass, Verzicht und Leistung an Zahlungsstatt. Letztere liegt auch dann vor, wenn der Verlierer im Interesse des Gewinners einem Dritten gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht.[1] So kann wenigstens indirekt durch Spiel und Wette ein vollgültiges Schuldverhältnis begründet werden.

Eine noch wichtige Frage ist die, wann die Leistung als vollwirksame Erfüllung vom Gesetze angesehen wird. Dasselbe sagt, dass nur das auf **Grund**[2] des Spieles oder der Wette Geleistete nicht zurückverlangt werden kann.

Fällt darunter auch das vor Eingehung des Spielvertrages dem einen Kontrahenten Gegebene oder bei einem Dritten Deponierte?

Wohl mit nichten; denn es widerstrebte geradezu der ratio legis, wenn das Gesetz durch eine solche Bestimmung das Spiel noch fördern wollte.[3] Nur das **bei** oder **nach** dem Spiel Geleistete kann nicht kondiziert werden.[4]

---

1) Anderer Meinung Gierke S. 256. Vgl. Protokolle Bd. 2 S. 3160 ff.

2) Scherer, Schuldverhältnisse S. 1070 meint: Das auf Grund des Spiels Geleistete heisst des vollendeten Spiels. Die Entscheidung muss gefallen und dem Zahlenden bekannt sein. Dasselbe soll betreffs des Einsatzes gelten.

3) Oertmann S. 487 unterscheidet, ob bei der Hinterlegung auf den Widerruf verzichtet sei oder nicht.

4) So Dernburg BR. I § 212 I$_3$, RG. Bd. 38 S. 232;
Börsengesetz vom 22. Juni 1896 § 66 Abs. 3 spricht es für den Terminhandel aus, falls nicht beide Teile im Börsenregister eingetragen sind.
Crome Bd. II § 289 sub 2 Anm. 29 und 30. Levy S. 44. Anderer Ansicht Meyer S. 39, Matthiass I S. 638, Fischer-Henle ad § 762 sub Anm. 3, Cosack Bd. 1 § 156. II 2b.

Das Gleiche gilt auch dann, wenn der Verlierende ein Anerkenntnis oder Schuldversprechen zum Zweck der Erfüllung seiner etwaigen Spielschuld **im Voraus eingegangen** ist und demgemäss **nachher geleistet** hat.

Ist das Schuldversprechen oder Anerkenntnis aus anderen gewissen Gründen nichtig, diese Tatumstände dem Leistenden bei der Zahlung jedoch nicht bekannt, so soll ausnahmsweise auch in diesem Falle die condictio ausgeschlossen sein, weil Spiel und Wette allein, falls man sich das Schuldversprechen oder Anerkenntnis auch fortdenkt, eine genügende Grundlage für die Leistung bilden.[1]

Das Resultat unserer Betrachtungen können wir dahin zusammenfassen: Spiel und Wette erzeugen gültige, wenn auch nicht klagbare Schuldverhältnisse, deren Erfüllung unwiderruflich ist. In dem Fehlen der Klage, in dem Ausschluss der soluti repetitio liegt die Ähnlichkeit mit der gemeinrechtlichen naturalis obligatio. Weitere Wirkungen äussern sie nicht, da nur die positiven Gesetzesbestimmungen darüber entscheiden, ob und welche Wirkungen den unvollkommenen Verbindlichkeiten beizulegen sind.[2] [3]

---

1) Übereinstimmend Kipp II S. 175.

2) Vgl. Matthiass, S. 638: „In der Nichtrückforderung erschöpft sich die Bedeutung der Naturalschuld des Spielers". Dernburg BR. Bd. II $_2$ S. 60, Endemann § 187 S. 847, Enneccerus-Lehmann I § 320 S. 685 sub II $_2$, Ubbelohde S. 220 N. 6, Stammler S. 29, Planck, Vorbemerk. zu § 761 S. 500, Oertmann zu § 762 S. 486, Meisner S. 246.

3) Durch die Sondernatur der Spiel- und Wettverträge gerechtfertigt ist noch auf einige besondere Fragen kurz einzugehen, die bereits im gemeinen Recht sehr verschieden beantwortet wurden und auch heute nicht einheitlich geregelt sind, weil das Gesetz darüber schweigt.

Das BGB. regelt unter demselben Titel zusammen mit Spiel und Wette im § 763 den Lotterie- und Ausspielvertrag, im § 764 das Differenzgeschäft nach gleichen Rechtsnormen. § 763 BGB. lautet:

„Ein Lotterie- oder Ausspielvertrag ist verbindlich, wenn die Lotterie oder die Ausspielung staatlich genehmigt ist. Anderenfalls finden die Vorschriften des § 762 BGB. Anwendung".

Ist ein wissentlich zu Spiel- oder Wettzwecken gegebenes Darlehn von der Rückforderung ausgeschlossen oder wie ein sonstiges Darlehn zu behandeln?

Das ALR. I 11 § 581 schliesst die Rückforderung desselben aus. Der Entwurf dagegen lässt die Rückforderung zu, weil durch ihren Ausschluss der Zweck der Einschränkung des Spiels nicht erreicht werde. Motive II S. 646. Die Klaglosigkeit des Spielvertrags auf den Darlehnsvertrag mit zu beziehen ist jedoch unmöglich. Übereinstimmend Planck zu § 762 Einl. S. 502 sub III; anderer Meinung Scherer S. 1070 No. 10. Er hält jedes Darlehn oder Darlehnsversprechen, welches ein künftiges Spiel ermöglichen soll, für rechtlich unwirksam, also unklagbar.

Der Darlehnsvertrag ist m. E. im allgemeinen gültig, (Vgl. auch Cosack, BR. I § 156, II 2.) Im Einzelfalle kann die Klage aus ihm versagt werden, weil das Darlehn zur Ermöglichung und Beförderung des Spieles gegeben; sei es z. B. zum gewerbsmässigen Glücksspiel, sei es, dass der Darlehnsgeber die Darlehnssumme dem Darleiher im Spiel wieder abgenommen hat. Hier entscheidet dann § 138 BGB. (So im allgemeinen übereinstimmend Matthiass S. 567, Endemann Lehrb. § 187 Anm. 7, Motive Bd. 2 S. 646. Levy S. 44 u. Meyer S. 38 teilen insbesondere die von uns vertretene Ansicht. Oertmann zu § 762 S. 488 nimmt ein wucherisches oder sonst unsittliches Geschäft an, namentlich, wenn das Darlehn vielleicht gerade an Ort und Stelle vom Gegner zwecks unmittelbarer Fortsetzung des Spieles aufgenommen wird.)

Ein weiterer Streit besteht noch darüber, ob durch einen Auftrag oder Gesellschaftsvertrag eine Verbindlichkeit zur Vornahme eines erlaubten Spieles begründet wird. Das BGB. spricht sich über diese Frage gleichfalls nicht aus. Die Folge

Eine Definition der Lotterie finden wir im BGB. nicht. Unter Lotterie verstehen wir ein Unternehmen, welches den Abschluss gleichartiger Verträge mit mehreren Personen begründet, wobei diese sich verpflichten einen Einsatz zu leisten, der Unternehmer dagegen bestimmte Gewinne auszulosen und sie den Gewinnern auszubezahlen. Bei der Lotterie im engeren Sinne bildet der Einsatz Geld, bei dem Ausspielvertrage individuell bestimmte, verschiedenartige Sachen.[1]

Das BGB. unterscheidet zwischen staatlich konzessionierten Lotterieen und solchen, denen die staatliche Genehmigung nicht erteilt ist. Erstere sind vollgültig[2] und unbeschränkt rechtswirksam, bei ihnen kann

davon ist, dass sich zwei konträre Ansichten gegenüberstehen. Die einen bejahen die Frage, das Spiel sei kein unsittliches Geschäft, und der Auftrag müsse nicht immer auf voll-rechtswirksame Geschäfte gehen (so Oertmann S. 488, Binger im sächs. Archiv Bd. 6 S. 4, Matthiass I S. 638). Die anderen kommen zu der entgegengesetzten Ansicht aus dem Grunde, weil hier das schutzwürdige Interesse fehle dem Auftraggeber eine Klage auf Ausführung des Spielvertrages zu geben. Sie folgen hierbei der Praxis des Reichsgerichts, welche den Auftrag und alle anderen Verträge, die Spiel zum Inhalt haben, für unklagbar erklärt. (So RG. Bd. 40 S. 259; Dernburg BR. II 2 § 212; Planck II S. 502; Endemann § 187 Anm. 7; ferner Börsengesetz § 66 Abs. 2, welches Aufträge und Vereinigungen zum Abschluss von Börsentermingeschäften diesen selbst gleich stellt. Nach Levy S. 45/46 ist ein Auftrag zum Spiel verbindlich, eine Gesellschaft zu Spielzwecken unzulässig.)

Wir schliessen uns der Praxis des Reichsgerichts an und erklären den Auftrag und alle Verträge, welche Spiel zum Inhalthaben, gleich dem Spiel für unklagbar. (Im wesentlichen auch Meyer S. 41.)

1) Näheres Endemann S. 810 ff. Anm. 1; Dernburg BR. II § 214.

2) Planck lässt die Lotterienverbote der Landesgesetze strafrechtlich bestehen, während er den gegen das Verbot vorgenommenen Geschäften civilrechtlich volle rechtliche Wirksamkeit beilegt. Komment. S. 506.

der Unternehmer auf die noch nicht bezahlten Beiträge klagen, während die Mitspieler verlangen können, dass die Gewinnziehung planmässig erfolgt und die Gewinne ausgezahlt werden. Die nicht konzessionierten Lotterien werden dagegen den Normen, die für die erlaubten Spielverträge gelten, unterstellt. Ihr rein aleatorischer Charakter rechtfertigt diese Massnahme.[1]

Durch eine staatlich nicht genehmigte Lotterie wird eine Verbindlichkeit im technischen Sinne mithin nicht erzeugt. Die Zahlung des Einsatzes, die Ausantwortung des Gewinnes kann nicht klageweise geltend gemacht werden. Ist die Leistung trotzdem erfolgt, so ist auch hier die soluti retentio gegeben. Die nicht konzessionierten Lotterieverträge sind also im BGB. gleichfalls als unvollkommene Schuldverhältnisse anerkannt. Ist dagegen die Lotterie vom Staate ausdrücklich verboten, so z. B. die Veranstaltung öffentlicher Lotterieen ohne obrigkeitliche Genehmigung (§ 286 StGB.), so wird gemäss § 134 BGB. die Nichtigkeit dieser Verträge angenommen werden müssen und die erfolgte Zahlung §§ 812 und 817 BGB. zufolge zurückverlangt werden können. Für die öffentlichen Lotterieen kann die Vorschrift des § 763 niemals Platz greifen, weil für diese der Staat das Monopol in Anspruch nimmt. Die Normen über Spiel und Wette finden also nur Anwendung, wenn Zahlungen auf Grund eines staatlich

1) Matthiass, BR. I S. 638, Oertmann S. 488 und Cohn in W. Endemanns Handbuch d. HR. III S. 36 fassen, der älteren Doktrin folgend, die Lotterie auch für das heutige Recht als Hoffnungskauf auf.

nicht genehmigten privaten Lotterievertrags erfolgen. Eine condictio ist hier nicht gegeben.[1.2]

b) Das Differenzgeschäft.

Das BGB. bestimmt im § 764, dass das Differenzgeschäft als Spiel anzusehen sei.[3]

Unentschieden bleibt dabei die theoretische Streitfrage, ob es ein Spiel sei; auch über die rechtliche Natur desselben spricht sich das Gesetz nicht näher aus. Durch die Verweisung auf die Bestimmungen des § 761 BGB. entscheidet es die bestrittene Frage, ob das Differenzgeschäft klagbar oder klaglos sei, im letzteren Sinne.[4] § 764 BGB. lautet:

> „Wird ein auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren lautender Vertrag in der Absicht geschlossen, dass der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Markt- und Börsenpreise der Lieferungszeit von dem verlierenden Teile an den gewinnenden gezahlt werden soll, so ist der Vertrag als Spiel anzusehen. Dies gilt auch dann, wenn nur die Absicht des einen Teils auf die

1) Fischer-Henle, BGB. mit Anmerkungen zu § 763 BGB. Anm. 4; Endemann § 188 S. 851.

2) Vergleiche Cosack BR. § 74 c.

3) Die ratio legis ist die, Unerfahrene und Unberufene gegen missbräuchliche Spekulation zu schützen.

4) Erst in den Reichstagsverhandlungen wurde § 764 BGB. in den Gesetzestext eingeschoben; dieser § steht mit den Motiven in Widerspruch, denn der Entwurf enthält keine besonderen Bestimmungen über Differenzgeschäft.

Zahlung des Unterschiedes gerichtet ist, der andere Teil aber diese Absicht kennt oder kennen muss."

Das BGB. folgt hierin der Praxis des Reichsgerichts, die nicht nur die reinen Differenzgeschäfte (effektive Erfüllung vertragsmässig ausgeschlossen), wie das Reichsoberhandelsgericht[1] es tat, sondern auch die verdeckten[2] als Spiel behandelt und demgemäss für klaglos erklärt.[3] Nicht erforderlich ist es beim Differenzgeschäft, dass die Erledigung des Geschäfts durch Zahlung der Differenz vereinbart werde. Es kann jedes Geschäft, dass sich äusserlich als Lieferungsgeschäft darstellt, ein Differenzgeschäft sein. Doch nicht umgekehrt kann man, wie Cosack es tut,[4] gegen alle Lieferungsgeschäfte den Spieleinwand richten, da sie in jedem Falle wenigstens nebenbei auf den Preisunterschied abzielten. Nur dann trifft seine Ansicht zu, wenn die Kontrahenten es ausdrücklich vereinbarten oder das Geschäft nur deshalb eingingen, um dasselbe als Differenzgeschäft zu behandeln, ohne dass sie diese Absicht ausdrücklich aussprachen. Ob diese auf der einen Seite und das Kennen oder Kennenmüssen auf der anderen Seite vorgelegen hat, kann aus den näheren Umständen geschlossen werden.[5]

1) Entsch. d. R.O-HG. Bd. 15 S. 273, Bd. 17 S. 42.

2) RG.-Entsch. Bd. 34 S. 82 und Bd. 30 S. 214.

3) Oertmann, Komment. S. 490 zu § 764_3: „Das Differenzgeschäft wird dem Spiele gleichgestellt. Es gilt dafür Entstehung einer natürlichen Verbindlichkeit".

4) Cosack, Handelsr. 4. Aufl. S. 401. Oben das Kleingedruckte. In der 5. Aufl. ist Cosack anderer Ansicht.

5) Kipp S. 809 erörtert noch ausführlich, wie § 764 BGB. Satz 2 sich zu den allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte verhält; eine rechtlich interessante Frage, auf

Oft werden hierbei die Persönlichkeit, der Beruf und Stand oder die Vermögensverhältnisse der Parteien einen Anhalt für die Annahme bieten, dass die effektive Erfüllung ausgeschlossen und nicht beabsichtigt war, weil den Parteien zur Anschaffung und Bezahlung der Waren die nötigen Mittel fehlten.[1]

Dass ein Differenzgeschäft im konkreten Falle vorliegt, ist ex officio im Prozesse zu beachten; regelmässig wird jedoch derjenige, der Einwendungen gegen die aus einem anscheinend gültigen Rechtsgeschäft erwachsenen Verbindlichkeiten erhebt, Umstände seinerseits beweisen müssen, welche die Natur eines Differenzgeschäftes rechtfertigen.

Ist aber aus einem Differenzgeschäft freiwillig erfüllt, so kann das Gezahlte nicht zurückgefordert werden, denn die Zahlung ist solutio debiti. Somit sind auch die Differenzgeschäfte als unvollkommene Verbindlichkeiten anzusehen.

Diese soeben erörterten, insbesondere für den freien Terminhandel geltenden Vorschriften sind durch die Bestimmung des § 66 Abs. 3 des Reichsbörsengesetzes von 1896 für die sog. offiziellen Börsentermingeschäfte wesentlich modifiziert. Hiernach ist der Spieleinwand solchen Differenzgeschäften gegenüber

---

die wir leider nicht näher eingehen können, da es die Grenzen des Themas zu sehr überschreitet.

1) Scherer S. 1078 zu § 764 BGB.: „Die einseitige Spielabsicht ist der Gegenpartei in der Regel erkennbar und zwar durch die Höhe des Umschlags und die Art der Papiere. Die Spielpapiere bilden den Gegensatz zu den Anlagepapieren".

Endemann, I § 187, 3; Planck II zu § 764, 2 S. 507; Enneccerus, 1 § 321 II 2.

nicht zugelassen, die auf bestimmte Lieferungszeit oder mit bestimmter Lieferungsfrist nach den Börsenusanzen geschlossen sind. Unter der Voraussetzung, dass für derartige Geschäfte an der betreffenden Börse amtliche Notierungen von Terminspreisen stattfinden, und die Beteiligten in das Börsenregister für den betreffenden Geschäftszweig zur Zeit des Geschäftsabschlusses eingetragen sind. Aus derartig abgeschlossenen Differenzgeschäften kann also gültig geklagt werden.[1] [2]

Sind dagegen beide Parteien zur Zeit der Perfektion des Vertrages in das Börsenregister nicht eingetragen, so entsteht keine Verbindlichkeit. Die etwa bestellten Sicherheiten und abgegebenen Schuldanerkenntnisse sind ungültig. Das bei oder nach völliger Abwickelung des Geschäfts zu seiner Erfüllung Geleistete kann nicht zurückgefordert werden. Mit anderen Worten, das Geschäft gilt insoweit als Spiel. Der Ausschluss der soluti repetitio verbunden mit der Klaglosigkeit lässt auch hier die Annahme einer unvollkommenen Verbindlichkeit zu.[3]

---

1) Der Anspruch auf die Differenz kann anerkannt, vergleichsweise festgestellt und durch Pfand oder Bürgschaft gesichert werden.

2) Dass die den Spieleinwand ausschliessende Vorschrift des § 69 des Börsengesetzes durch das BGB., der jüngeren Rechtsquelle, nicht aufgehoben ist, bestimmt ausdrücklich Art. 14 Nr. 5 des EG. zum HGB. vom 10. Mai 1897.

3) Dernburg, BR., Bd. II. § 213 III.

§ 6.

Versprechen eines Ehemäklerlohnes.

Eine weitere Erscheinung, die an die gemeinrechtliche naturalis obligatio erinnert, finden wir im § 656 BGB.,[1] welcher vom Ehemäklerlohn handelt. Hiernach begründet das Versprechen des Mäklerlohnes für den Nachweis und die Vermittelung einer Ehe keine Verbindlichkeit. Wie wir bei Spiel und Wette schon näher ausgeführt haben, bedeutet dies nach der Terminologie des BGB., dass ein klagbarer Anspruch aus dem Mäklervertrage nicht entsteht.

Diese Regelung des BGB. ist abweichend vom geltenden Rechte; denn nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts war die Mäklergebühr aus Heiratsvermittelung klagbar.[2] Die ratio legis ist für das

1) Die dem sittlichen Charakter der Ehe entsprechende Vorschrift ist von der Reichstagskommission (Bericht S. 53) „mit sehr grosser Majorität" angenommen und unter § 643 c in den Abschnitt über Mäklervertrag eingereiht. Auch das sächsische BGB. § 1259 bestimmt in ähnlicher Weise: „das Versprechen einer Mäklergebühr für die Nachweisung einer heiratsfähigen Person oder für die Vermittelung der Ehe ist nichtig". Der Entwurf enthielt hierüber gar keine Bestimmungen und erkannte die Klagbarkeit dieses Versprechens an. Die Motive bemerken, dass es auf den einzelnen Fall ankomme, ob die Verbindlichkeit nichtig sei, eine allgemeine Regelung sei unzweckmässig. (Dem Inhalt nach Motive II S. 511.)

2) Nur für das rheinische Recht entschied es sich für Ungültigkeit des Mäklervertrages. R.G. Bd. 25, S. 340.

heutige Recht die, durch Ausschluss der Klage das gewerbsmässige Heiratsvermitteln als unsittlich zu kennzeichnen. Der Gesetzgeber will hierdurch auf den Gedanken des Volkes erziehend einwirken.

Schon Kohler[1] hatte in seiner Schrift über „die Ideale im Recht“ sich gegen die Klagbarkeit des Ehemäklerlohnes[2] und die rechtliche Verbindlichkeit der Ehemäklerverhältnisse gewandt. Ein solcher Vertrag widerspricht seiner Ansicht nach mit Recht dem Wesen und der Würde der Ehe und damit den Postulaten der Rechtsordnung. Er weist nach, dass die Rechtsprechung des Auslandes, insbesondere Frankreichs, Englands und Italiens schon lange dem Ehemäklervertrag den rechtlichen Schutz versagte. An der Hand der verschiedensten Beispiele verwirft Kohler vor allem die geschäftsmässige Behandlung der Ehe, das Schachern und Feilschen derselben, wie er sich ausdrückt.[1] Auch erblickt er ganz besonders eine grosse Gefahr in den Mitteln, deren sich der Mäkler bedient, in den Suggestionsverträgen, die durch psychologische Einwirkung enstehen. Kann das Recht diese auch nicht aus der Welt schaffen, so solle es doch seinen Arm nicht dazu bieten, sie noch zu fördern.

Kohler sieht in dem Mäklervertrage des BGB. einen vollständig nichtigen Vertrag, da dieser unsitt-

---

1) Die Ideale im Recht, Berlin 1891. Separatabdruck aus dem Archiv für BR. Bd. V S. 161 ff. Vgl. auch Bd. 12 S. 317 ff.

2) oder wie Kohler sagt: Ehemakellohnes. Ubbelohde nennt ihn Freiwerberlohn. (U. S. 221 Nr. 71.)

3) 12 Studien im BGB., Kohler II S. 95.

licher Natur sei.[1] Diese rechtliche Auffassung ist eine Folge des § 138 Abs. I BGB., demgemäss ein gegen die guten Sitten verstossendes Geschäft nichtig ist, mithin jeder Rechtswirksamkeit, also auch der Klage entbehrt.[2]

Die wohl anerkannt herrschende Meinung nimmt dagegen an, dass der Mäklervertrag in gleicher Weise wie Spiel und Wette gültig zustande kommt, dass jedoch auch bei ihm die Rechtswirkungen abgeschwächt sind.

Wieder ist auch hier das Verbot der soluti repetitio sowie der von Amts wegen[3] zu berücksichtigende Ausschluss der actio das entscheidende rechtliche Symptom.

Schlechthin darf man auch nicht den Ehemäklervertrag als unsittlich[4] bezeichnen, gilt es doch auf dem Lande als üblich und nicht unehrenhaft, dass Ehen vermittelt werden. Auch hätte die Gewerbeordnung von 1883 im § 35 sicher dann nicht Kon-

1) Kohler § 7 S. 105; ebenso auch Meisner zu § 656 S. 204.

2) Kohler verlangt ferner noch, dass § 656 BGB. zufolge ein Ehevermittelungsvertrag überhaupt nicht zum Gegenstand der Klage gemacht werden darf. Er erklärt daher z. B. auch die Insertionskosten für Heiratsgesuche als unklagbar. Die etwa erhobene Klage müsste schon von Amts wegen zurückgewiesen werden. Kohler im Arch. Bd. 12 S. 332 und Cosack, BR. § 152 II.

Wir nehmen jedoch Klagbarkeit der Insertionskosten an. Übereinstimmend Oertmann zu § 656, Planck II zu § 656 Z. 3, u. Levy S. 38.

3) Ein Versäumnisverfahren findet also nicht statt.

4) Wie Kohler es tut (Archiv f. BR. Bd. 12 S. 334). Er erklärt den Ausschluss der Rückforderung einer gezahlten Ehemäklerschuld aus § 817 BGB., weil beiden Teilen wegen der unsittlichen Natur des Ehemäklervertrages Unsittlichkeit zur Last fällt.

zessionen zur gewerbsmässigen Heiratsvermittelung für möglich erklärt.

§ 656 BGB. S. 2 bestimmt ferner:

„Das auf Grund des Versprechens Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat".

Meines Erachtens ist die Gesetzesbestimmung so zu verstehen, dass der Gesetzgeber eine Klage aus dem Mäklervertrage zwar versagt, die Rückforderung der einmal geleisteten Zahlung nicht verstattet, weil er trotz Klaglosigkeit dennoch ein unvollkommenes Schuldverhältnis aus dem Mäklervertrage anerkennt.[1] Das Motiv, das den Gesetzgeber hierbei geleitet, ist alle wegen Heiratsvermittelung Ärgerniss erregenden Prozesse zu beseitigen.[2]

Den Ausschluss der condictio trotz angenommener Nichtigkeit des Vertrages suchen die Vertreter dieser Ansicht aus § 817 BGB. zu erklären, der den Grund-

1) Vgl. Scherer S. 901 zu § 656. Übereinstimmend Enneccerus I S. 625 § 292 V 3; Oertmann, S. 384 zu § 656; Dernburg, BR. II 2, S. 489 Anm. 15 bemerkt: „Man wird daher die Ausschliessung der Rückforderung wohl daraus zu erklären haben, dass die Leistung einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach" § 814 BGB. Vgl. Planck, Komm. S. 400.

Matthiass, § 124 S. 603 sagt: „Die Gültigkeit des Versprechens ist anerkannt, es erzeugt nur eine natürliche Verbindlichkeit".

Diese Formulierung ist sehr zutreffend und doch kurz. Vgl. auch Stammler S. 29; Ubbelohde S. 221. Sie zählen den Ehemäklerlohn unter den unvollkommenen Verbindlichkeiten auf.

2) Komm. Prot. S. 2786 u. S. 3060.

satz „in pari turpitudine melior est causa possidentis“ aufgenommen hat.[1]

Praktischen Wert haben diese verschiedenen theoretischen Auffassungen nicht, denn beide müssen den Ausschluss der condictio aus dem Gesetzestexte entnehmen. Sicher hätte es der Bestimmung des § 656 BGB. nicht bedurft, wenn wir uns den Ausschluss der condictio aus § 817 erklären könnten. Ob nun der Vertrag nach der einen Ansicht nichtig, der Ausschluss der Rückforderung dennoch aus dem Gesetze zu entnehmen ist, oder der Vertrag zwar gültig, in der soluti retentio seine einzige Rechtswirkung äussernd, ist ein zweckloser Streit in der Theorie ohne praktische Folgen.

Hat nun der Schuldner den Anspruch des Heiratsmäklers befriedigt, so ist die soluti repetitio nur aus dem Grunde ausgeschlossen, weil eine Verbindlichkeit nicht bestand. Andere Rückforderungsgründe bleiben natürlich bestehen, z. B. wenn die Leistung durch Täuschung veranlasst oder der Zahlende geschäftsunfähig, geisteskrank etc. war.

Das Gesetz sagt, „das Geleistete“ kann nicht zurückgefordert werden. Nur die „**effektive Erfüllung**“ aus dem Mäklervertrage ist damit gemeint. Diese kann in der verschiedensten Form geschehen. So z. B. durch Hinterlegung, wenn das Recht der Rück-

1) Oertmann, S. 384, „Gegen sie spricht auch der Wortlaut, der offenbar geradezu auf die condictio indebiti anspielt und sie verwirft, nicht aber eine condictio ob turpem causam.“ Wir teilen ganz diese Ansicht.

nahme ausgeschlossen ist,[1] oder durch datio in solutum,[2] sowie durch Cession oder Erlass.

Dies gilt aber nicht für ein an Zahlungsstatt gegebenes blosses Versprechen,[3] insbesondere für die Ausstellung eines Schuldscheins oder eines Wechsels. Der aus dem Wechsel Verpflichtete kann nur dem aus dem Ehemäklervertrage berechtigten Wechselgläubiger die Einrede aus § 656 Abs. 2 BGB. entgegensetzen. Darf sich der Wechselschuldner doch nur solcher Einreden bedienen, welche sich aus dem Wechselrechte selbst ergeben oder ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen. Der gutgläubige Erwerber des Wechsels ist also gegen die Einreden geschützt. Vgl. § 82 WO.

Ein derartig ausgestelltes, an Zahlungsstatt gegebenes, Versprechen erzeugt, abgesehen von den besonderen für den Wechsel geltenden Normen, keinen klagbaren Anspruch, keine der Terminologie des BGB. entsprechende „Verbindlichkeit". § 656 Abs. 2 BGB. bestimmt ausdrücklich, dem § 762 Abs. 2 BGB. analog, dass eine Vereinbarung, durch die der andere Teil zum Zwecke der Erfüllung des Versprechens dem Mäkler gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, insbesondere ein Schuldanerkenntnis, den Vorschriften unterstellt wird, die für das Versprechen des Ehemäklerlohnes selbst gelten. Mithin wird eine Verbindlichkeit im Sinne des BGB.

1) § 376 BGB.

2) § 364 BGB. Vergl. Levy S. 37. In der Eingehung einer natürlichen Verbindlichkeit darf sie nicht bestehen.

3) Das Gesetz stellt ja gerade im § 656 Satz 2, das „effektiv Geleistete" in Gegensatz zum „einfachen Versprechen".

nicht begründet.[1] Die Klage bleibt ausgeschlossen, und das einmal aus dem Versprechen Geleistete kann deswegen nicht kondiziert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden habe. Ist zur Erfüllung eines Versprechens ein Schuldschein ausgestellt oder eine Urkunde hingegeben worden, so kann die Herausgabe derselben nach § 812 BGB. verlangt werden.[2]

Während in der Litteratur allgemein das Anerkenntnis des Ehemäklerlohnes, sowie jede andere zwecks Erfüllung eingegangene Verbindlichkeit für unwirksam erklärt wird, sieht Stammler das Anerkenntnis für gültig an. Die Fassung des § 656 BGB. ist aber so durchsichtig und klar, dass eine solche Annahme nicht gerechtfertigt erscheint. Stammler hat wohl auch nur aus Versehen[4] diese Ansicht ausgesprochen, er wollte sicherlich damit die Gültigkeit des Anerkenntnisses einer Ehemäklerschuld für den Fall aussprechen, dass das darauf Geleistete nicht zurückgefordert werden kann.[5]

---

1) Das gilt auch für ein gleich bei Abschluss des Mäklervertrages ausgestelltes abstraktes Schuldversprechen. So Planck S. 400_5 zu § 654.

2) Für Ungültigkeit des Schuldanerkenntnisses: Planck Komm. S. 400; Dernburg, BR. II 2 § 339 S. 489; Enneccerus-Lehmann, § 292 S. 625; Matthiass, S. 603; Oertmann, S. 384 zu § 656.

3) Stammler, BGB. in Einzeldarstellungen. Allg. Teil d. Schuldverh. S. 29.

4) Oertmann S. 384.

5) Eccius, bei Besprechung des Stammler'schen Buches in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 42 S. 202, widerlegt in ausführlicher Weise Stammlers Ansicht Vgl. auch Meyer S. 37.

Durch positive Rechtsvorschrift gezwungen, können wir ausser der soluti retentio den aus dem Ehemäklervertrage sich ergebenden unvollkommenen Verbindlichkeiten keine weiteren Rechtswirkungen beimessen. Der ratio legis folgend, müssen wir Pfänder- und Bürgschaften für ungültig erklären,[1] denn das Gericht soll mit der Realisierung solcher Forderungen nicht in Anspruch genommen werden. Demgemäss ist auch der Anspruch des Ehemäklers auf Verwendungen zu verneinen; der Ehemäklervertrag würde dann im Prozesse doch zur Sprache kommen, und dies wollte der Gesetzgeber gerade vermeiden.[2]

---

1) Enneccerus I, § 292 V, Z. 3.

2) Dieselbe Ansicht vertreten: Crome II § 272, 5c, Anm. 45, Dernburg BR. II$_2$ § 339 S. 489, Cosack Lehrb. I S. 552 Kohler im Archiv Bd. XII, Oertmann zu § 656 S. 384 N. 3, Levy S. 38, Scherer zu § 656 S. 901 N. 2 „Jetziges Recht“ ist anderer Meinung: „Das Gesetz spricht nicht von Auslagen, diese können eingefordert und müssen bezahlt werden, wenn es versprochen ist.“

II. Ethische Pflichten.

§ 7.

a) Im Allgemeinen.

Während es sich in den bisher erörterten Fällen stets um Schuldverhältnisse gehandelt hatte, denen entweder die Klagbarkeit durch Vorschützen der Verjährungseinrede entzogen war, oder welche eine Verbindlichkeit überhaupt nicht erzeugten, wie z. B. Spiel und Wette sowie Ehemäklerlohn, die aber immerhin als rechtlich anerkannte Schuldverhältnisse aufzufassen waren, trifft dies bei den jetzt zu besprechenden ethischen und sittlichen Pflichten meines Erachtens nicht zu. § 814 BGB. lautet:

> „Das zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war, oder wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach".

Der Entwurf I schweigt darüber, ob die Rückforderung dadurch ausgeschlossen ist, wenn durch die Leistung einer Anstands- oder Sittlichkeitspflicht genügt wird.[1] Nach ihm ist die Rückforderung wohl anzunehmen. Diese Regelung wurde erklärlicher Weise von namhaften Juristen lebhaft getadelt, da sie dem

1) Näheres siehe Motive Bd. II S. 832—833.

gesunden Rechtsgefühl und dem praktischen Bedürfnisse widerspräche. Schon das schweizerische Obligationenrecht Artikel 72 statuierte in diesem Falle [1] den Ausschluss der condictio. Ihm folgte die Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs (II § 739) und entsprach somit dem sittlichen Momente im Recht. [2]

Diese vom ethischen und rechtspolitischen Standpunkte beifallswerte Neuerung des BGB. [3] hat in der Litteratur zu den verschiedensten Kontroversen Anlass gegeben.

Die einen schliessen aus dem Ausschluss der Rückforderung, falls die Leistung einer sittlichen oder Anstandspflicht entsprach, auf das Vorhandensein einer natürlichen — unvollkommenen Verbindlichkeit.[4]

Die anderen sehen in der Leistung einer sittlichen oder Anstandspflicht eine Schenkung, da dieselbe nicht als Erfüllung einer Verbindlichkeit betrachtet werden kann.[5] Einen vermittelnden Standpunkt nimmt Endemann ein.[6]

1) Vgl. Bähr, Das BGB. u. die Zukunft der deutschen Rechtssprechung Leipzig 1888 S. 413—414, auch Gierke S. 274.

2) Übereinstimmend A.L-R. I 16 § 178.

3) Vgl. Oertmann S. 543, Stammler S. 29 ff.

4) Matthiass I § 73 S. 321 IIc, Oertmann, Schuldverhältnisse S. 543 Anm. 4: „Es handle sich hier allgemein um Leistungen", Sächsisches Archiv f. BR. Bd. 9: „Im § 814 BGB. kommt der Gedanke der natürlichen Billigkeit, der Naturalobligation des römischen Rechts, zu siegreichem Durchbruch". Ubbelohde S. 221, Windscheid-Kipp § 289 S. 176.

5) Dernburg BR. II_1 § 3 S. 11 III, Enneccerus I § 148 S. 339, Levy S. 27.

6) Endemann I S. 419: „Es liegt hierin eine halbe rechtliche Anerkennung, sie reicht nicht aus, um den Erfüllungszwang dahinter zu setzen, sie genügt aber als rechtlicher Grund einer bewirkten Leistung".

Weder der einen noch der anderen Ansicht beizustimmen bin ich imstande. Die Annahme einer natürlichen Verbindlichkeit scheint mir aus dem Grunde nicht am Platze zu sein, weil man bei Anstands- und Sittlichkeitspflichten von einem Verpflichtungsakt, wie z. B. bei Spiel und Wette oder Ehemäklervertrag, nicht sprechen kann. Während letztere aus einem, wenn auch klaglosen, so doch gültigen obligatorischen Vertrage hervorgehen, erzeugen die ethischen Pflichten überhaupt keine rechtlichen Wirkungen, und seien es auch nur solche der schwächsten Art. So können sie insbesondere nicht zur Aufrechnung benutzt oder durch Pfand und Bürgschaft gesichert werden.[1] Liegen dieselben doch auch ausserhalb des Rechtes auf dem ganz anderen Gebiete der Sittlichkeit und charakterisieren sich daher nur als Gebote der Moral, nicht als Rechtspflichten.

Auch jener Ansicht kann ich nicht unbedingt beipflichten, dass die Erfüllung moralischer Pflichten sich als Schenkung darstelle, denn Schenkung ist nach § 516 BGB. ein Vertrag, bei dem die Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit der Vermögenszuwendung erforderlich ist.

Liegt diese nun wirklich dann vor, wenn jemand im Glauben, er sei zu der Leistung rechtlich verpflichtet, eine ethische Pflicht erfüllt?

1) So auch Cosack BR. § 80, S. 287: „Die blossen sittlichen Verpflichtungen darf man nicht unter dem Namen klaglose oder Naturalobligationen zusammenfassen; denn die bloss sittlichen Ansprüche sind überhaupt keine Ansprüche im Rechtssinn, während die verjährte Forderung trotz der Verjährung eine gültige, wenn schon unvollkommene Forderung bleibt."

§ 814 BGB. zufolge ist die condictio zwar ausgeschlossen, doch der zur donatio erforderliche consensus ist sicher nicht zustande gekommen. Es liegt in diesem Falle also eine Leistung vor, zwar nicht die Erfüllung einer Rechtsverbindlichkeit, wohl aber die einer moralischen Verpflichtung.[1]

Erfüllt jemand in Kenntnis der rechtlichen Nichtverpflichtung eine Anstands- oder sittliche Pflicht, so kommt es darauf an, ob sich der Leistende dazu moralisch verpflichtet fühlte, oder ob er nur schenken wollte; im Zweifel wird wohl das Letztere anzunehmen sein. Sehr schwer ist es die Grenze zu ziehen, inwieweit das sittliche Empfinden den einzelnen zu solchen Leistungen verpflichtet, oder ob der animus donandi allein für die Tat entscheidend war. Besagte Schenkungen würden aber ihres Motives wegen durch die gesetzliche Regelung des § 534 BGB. denselben rechtlichen Effekt haben, nämlich Ausschluss der Rückforderung.

Somit entbehren die ethischen Pflichten innerhalb des positiven Rechts als Rechtsverbindlichkeit jeder Anerkennung. Nur das haben sie mit den gemeinrechtlichen Naturalobligationen gemeinsam, dass im Fall ihre Erfüllung soluti retentio gegeben ist. In der Erfüllung allein sind sie vom Rechte sanktioniert.[2]

Die Aufnahme des § 814 BGB. unter die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff. BGB.) könnte die Annahme rechtfertigen,

1) Eugen Meyer, Dissert. S. 102, stimmt im wesentlichen mit der von uns vertretenen Ansicht überein.

2) Übereinstimmend Planck, Komm. II S. 6.

dass der Gesetzgeber die sittlichen und Anstandspflichten, wenn auch nur im Erfolg, als rechtliche anerkennt. Dies ist jedoch nicht der Fall, denn die condictio bleibt nicht ausgeschlossen, weil durch die Leistung eine Verbindlichkeit im technischen Sinne erfüllt ist, vielmehr, weil das Recht nicht seine Hand dazu bieten will das sittliche Bewusstsein im Volke zu verletzen.[1] Es will sich nicht auf die rechtliche Nichtexistenz des debitum berufen, wenn vom Leistenden ein der Sittlichkeit entsprechender Zustand hergestellt ist.[2] Hier wird für ein in debitum die Rückforderungsklage ausgeschlossen, während umgekehrt bei einer unvollkommenen Verbindlichkeit für ein debitum die Erfüllungsklage ausgeschlossen ist.

Wir kommen also zu demselben Resultate wie im gemeinen Recht, wo wir die Fälle des „natura debitum ohne obligatorische causa" ausschieden. Den gleichfalls bei den sittlichen Pflichten anerkannten Ausschluss der soluti repetitio glauben wir übereinstimmend mit der für das gemeine Recht dargestellten Begründung daraus zu erklären, dass das Recht die Erfüllung der sittlichen Pflicht zwar nicht als solutio debiti im eigentlichen Sinne auffasst, die Rückforderung der einmal erfolgten Leistung jedoch nicht auf Kosten der Moral gestattet.[3]

1) So kann man auch nicht aus § 817 BGB. schliessen, dass wegen des Ausschlusses der Rückforderung nunmehr eine unvollkommene Verbindlichkeit besteht, und auch hier bleibt ein indebite Geleistetes bei dem Empfänger — beati possidentes.

2) Diese Erwägungen kommen in der zweiten Kommissionsberatung zur Sprache (Prot. II S. 2964; Bd. 2 S. 698).

3) So sagt Levy (S. 29) mit Recht: „Wäre in den Fällen des § 814 die repetitio soluti zugelassen, so würde das eine

Die moralischen Verbindlichkeiten des ALR. haben meiner Ansicht nach, wie oben näher ausgeführt, die gleiche rechtliche Behandlung erfahren.

Wann entspricht nun eine Leistung einer Anstands- oder sittlichen Pflicht?

Die Beantwortung dieser Frage ist im einzelnen Falle dem freien Ermesssn des Richters anheimgestellt.[1] Hierdurch ist dem Gericht oft eine schwere Aufgabe erwachsen. Da die auf den Anstand zu nehmende Rücksicht die Befolgung einer gesellschaftlichen Anschauung ist, die in den verschiedenen Klassen des Volkes eine mannigfache Behandlung erfährt, so wird der Richter auf den Stand, das Vermögen, den Umgang des Betreffenden bei seiner Beurteilung Rücksicht zu nehmen haben.

Was unter der **„sittlichen Pflicht"** zu verstehen ist, hat in der Litteratur Anlass zu den verschiedensten Auffassungen gegeben. Würde sittliche Pflicht der Sittlichkeit entsprechen, so könnte dies als die Einführung eines ganz neuen Princip's aufgefasst werden. Unterlässt jemand solche sittliche Pflichten zu erfüllen, so würde das Gesetz seine Handlungsweise geradezu als unsittlich bezeichnen. Dies entspricht jedoch nicht der Auffassung des BGB., die es dem Anstandsgefühl

---

Durchsetzung des strengen Rechts auf Kosten der Moral bedeuten." Ferner S. 30 oben.

1) In der zweiten Kommission wurde auf die Gefahr hingewiesen, dass der Begriff der sittlichen und Anstandspflichten eine unangemessene Ausdehnung erhalte.

und sittlichen Empfinden des einzelnen gänzlich überlässt, ob er die Leistung machen will oder nicht.[1] Der Gesetzgeber hat sich wohl nur im Ausdrucke vergriffen; es sollte § 814 BGB. sicher keine andere Bedeutung haben, als dass die Leistung nicht zurückgefordert werden kann, durch die einer auf den Anstand und die Sitte zu nehmende Rücksicht genügt wird.[2] Massgebend hierfür sind die Sitten des ganzen Volkes.[3 4]

b) Die Ausstattung.

Unter den sittlichen Pflichten ist besonders noch der Ausstattung Erwähnung zu tun. Diese umfasst nach dem Sprachgebrauche des BGB. nicht nur die Aussteuer, sondern alles, was einem Kinde, gleichviel ob Sohn oder Tochter, mit Rücksicht auf seine Verheiratung oder zur Erlangung einer selbständigen Lebensstellung zugewendet wird. § 1624 BGB. bestimmt nun, dass diese Ausstattung, auch wenn eine Verpflichtung nicht besteht, nur insoweit als Schenkung gilt, als dieselbe das den Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen der Eltern, entsprechende Mass

1) Vgl. Prot. II S. 2964; Bd. 2 S. 695.

2) Jakobi kommt zu demselben Resultat in seiner Abhandlung über die sittliche Pflicht in der Festschrift für Heinrich Dernburg. So auch Dernburg. Die weitergehende Auffassung wird in der Litteratur zum grössten Teil angenommen. Stammler S. 35. Kuhlenbeck BGB. I S. 367, Oertmann S. 253; Endemann I S. 741 Anm. 15.

3) Fischer-Henle § 138 Anm. 1.

4) Anstandsschenkungen sind daher Schenkungen, deren Unterlassung gesellschaftlich als unanständig gilt. Es entscheidet also ein objektiver Massstab hierbei.

übersteigt. Soweit dies nicht zutrifft, liegt eine Erfüllung einer moralischen Pflicht vor. Hier eine unvollkommene Verbindlichkeit[1] anzunehmen, halte ich für nicht ganz richtig; denn eine, wenn auch klaglose, Verbindlichkeit auf Leistung der Ausstattung besteht gegen die Eltern nicht, wohl aber liegt ihnen die moralische Pflicht[2] ob ihren Kindern die Zukunft — eine Lebensstellung — zu erleichtern. Leugnet man auch eine moralische Pflicht der Eltern, den Kindern eine Ausstattung zu geben, so ist dies auf jeden Fall falsch. Ja man kann sogar trotz des schon erwähnten Gegenarguments zweifelhaft sein, ob nicht doch eine unvollkommene Verbindlichkeit der Eltern anzunehmen ist, weil das Gesetz ausdrücklich eine unvollkommene Verbindlichkeit festgelegt hat, als deren Rechtsgrund es die Verwandtschaft ansieht. Ex re fit naturalis obligatio.[3]

Keinesfalls kann jedoch rechtlicher Zwang gegen die Eltern ausgeübt werden, denn eine klagbare Verpflichtung würde sie zu hart treffen.[4]

1) Levy, S. 72.

2) Auch Meyer, Cäsar S. 49 rechnet die Ausstattung unter die sittlichen Pflichten. Vgl. auch l. 32 § 2, D. XII 6. Hier kann die Ehefrau die von ihrem Manne hingegebene dos nicht kondizieren, weil sie noch immer „ex pietatis causa" verpflichtet bleibt. Savigny sieht in dieser Verpflichtung eine nat. oblg. (Savigny, OR. § 12 Z. 1); Schwanert, (S. 117) u. Puchta, (Inst. II § 268) nehmen mit Recht nur eine sittliche Verpflichtung an.

3) Übereinstimmend Dernburg, BR. II S. 11; Matthiass, § 72 S. 321.

Gegen die Annahme einer natürlichen Verbindlichkeit: Enneccerus, § 148 II_5 S. 339; Ubbelohde, S. 221.

4) Näheres Motive Bd. IV S. 710. Haben sich dagegen die Eltern zur Zahlung einer Ausstattung rechtlich verpflichtet, so ist das Kind auch berechtigt, die Ausstattung einzuklagen.

Haben die Eltern durch Leistung der Ausstattung der sittlichen Pflicht genügt, so hat das Recht kein Interesse daran das einmal Geleistete wieder zurückzugewähren, da es ja der Sitte des Volkes entspricht, dass Eltern ihren Kindern, falls sie vermögend sind, eine Ausstattung gewähren. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob sich die Eltern rechtlich zur Ausstattung verpflichtet fühlten oder nicht.[1]

Hat die Ausstattung das den Umständen oder Vermögensverhältnissen der Eltern entsprechende Mass überstiegen, — z. B. die Tochter hatte eigenes Vermögen oder die Eltern haben noch für mehrere Kinder zu sorgen, — so soll der Mehrbetrag der Ausstattung, falls Schenkung beabsichtigt war, als Schenkung gelten.

Aber eine irrtümlich das gewöhnliche Mass übersteigende Leistung kann als i n debitum kondiziert werden, sofern der animus donandi fehlt. Soweit die Schenkung sich innerhalb der denVermögensverhältnissen der Eltern entsprechenden Grenzen hält, stellt sich die Leistung als ein d e b i t u m, die Erfüllung einer moralischen Pflicht, dar.

c) Die priviligierten Anstandsschenkungen.

Sowohl die Anstandsschenkungen, als auch die Gelegenheitsgeschenke aus fremdem Vermögen werden

---

1) Matthiass, I S. 294 sub C. nimmt an, dass bei Irrtum über die Verpflichtung die condictio indebiti begründet sei.

Doch gerade in dem Ausschluss der condictio, selbst im Fall des Irrtums, liegt die Anerkennung der sittlichen Pflicht.

von namhaften Juristen unter die unvollkommenen Verbindlichkeiten gerechnet.[1]

Mit der herrschenden Meinung kann ich mich dieser Ansicht nicht anschliessen; denn es handelt sich hier immer um Schenkungen, die nur eine besondere Regelung erfahren haben. Zwar kommt auch im § 534 BGB. eine Anstands- und sittliche Pflicht in Betracht, doch sind die Parteien hierbei einig, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgen soll.

Nach dem Parteiwillen ist hier eine Schenkung intendiert. Die sittliche Pflicht erscheint nur als Motiv für die Schenkung, während sie im Fall des § 814 BGB. die causa solvendi bildet, mag sie nun wissentlich oder irrtümlich erfüllt sein.

§ 814 BGB. wird namentlich dann Platz greifen, wenn die Leistung in der Annahme, dass eine Rechtspflicht bestehe, erfolgte. Wird dagegen in Kenntnis der rechtlichen Nichtverpflichtung geleistet, so wird wohl regelmässig eine Schenkungsabsicht vorliegen. Es kommt dann § 534 BGB. in Frage. (Näheres siehe oben). Auch selbst dann wird eine Schenkung oft nicht anzunehmen sein, weil der Empfänger die Leistung nicht in dem Sinne einer Schenkung annimmt. So der Kellner z. B. das Trinkgeld. Er hält es für anständig, dass der Gast, der allgemeinen Verkehrssitte folgend, das Trinkgeld bezahlt und sieht hierin nur eine Belohnung für seine Mühen, nicht eine Schenkung.

Die durch die sittliche Pflicht und Anstandsrücksicht gebotenen Schenkungen des § 534 BGB.

---

1) Matthiass, § 72 II *c.* S. 321; Meyer, S. 49.

sind dadurch bevorzugt, dass bei ihnen die Rückforderung und der Widerruf ausgeschlossen ist.[1] §§ 528, 530 BGB. sind für die Anstandsschenkungen ausser Kraft gesetzt.

Unter § 534 BGB. werden vielfach auch die sogenannten remuneratorischen Schenkungen fallen, die geleistete Dienste belohnen sollen.[2] Ob dies die Regel ist, richtet sich vor allem darnach, inwieweit sie dem Anstand und der Sitte im einzelnen Falle entsprechen.

Zu den Anstandsgeschenken gehören besonders die Gelegenheitsgeschenke, die bei gewissem Anlass gemacht werden, so zu Neujahr, bei Geburtstagen, Taufen, Konfirmationen etc.[3] Dass bei diesen Anstandsgeschenken eine Ausnahme von den allgemeinen Vorschriften über Schenkung gemacht wird, ist wohl gerechtfertigt, da ihre Unterlassung gesellschaftlich als unanständig gilt, und die Rückforderung der geleisteten Anstandsschenkungen auch der Sitte widersprechen würde.[4]

---

1) Der Ausschluss des Widerrufs wurde in der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs beschlossen. Auch für das Rückforderungsrecht ist die gleiche Vorschrift durch die Reichstagskommission mit Rücksicht auf § 528 BGB. erweitert worden.

2) Dernburg BR. II_2 S. 138 III, Fischer. Komm. § 534 Anm. 1, Scherer Schuldverh. zu § 534.

Oertmann S. 253 zu § 534: „Der Begriff kreuzt sich mit dem bisherigen der remuneratorischen Schenkung".

3) Ihering II S. 282 spricht hier von einem Liberalitätszwang, weil die Geschenke unter dem Drucke der öffentlichen Meinung erfolgt seien. Dernburg Pand. § 106 Anm. 16 nennt sie die üblichen Geschenke.

4) Trotzdem charakterisieren sich die Anstandsschenkungen stets als Schenkungen, nicht als Erfüllung sittlicher Pflichten. Vgl. Meyer S. 50; Ihering, Zweck im Recht Bd. 2, 3. Aufl.

Diese Anstandsschenkungen werden ausser im § 534 BGB. noch in zahlreichen anderen Beziehungen bevorzugt.

Geht man von dem allgemeinen Satze aus, dass nur der schenken kann, der Gegenstände zu veräussern berechtigt ist, so darf niemand aus fremdem Vermögen Schenkungen machen. Dies gilt insbesondere für den Verwalter eines fremden Vermögens, der, selbst wenn er an sich zur Veräusserung selbständig befugt ist, Schenkungen nicht ohne weiteres vornehmen darf. Liegen dieselben doch ausserhalb einer tüchtigen Vermögensverwaltung. Schenkungen jedoch, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, kann der Verwalter auch ohne Einwilligung des Berechtigten vornehmen.

An den verschiedensten Stellen finden wir im BGB. die Regel bestätigt, dass der Schenkgeber, der aus fremdem Vermögen durch eine Schenkung der sittlichen Anstandspflicht genügt, die Einwilligung des Eigentümers nicht braucht.[1] So bedarf nach § 1446 Abs. 2 BGB. der Ehemann zur Schenkung aus dem Gesamtgute nicht der Einwilligung seiner Frau, wenn die Schenkung der Anstands- oder sittlichen Pflicht entspricht.[2]

---

1) Diese Normen sind ganz analog denen des römischen Rechts, dass der Generalbevollmächtigte cum libera administratione an sich keine Schenkungen, wohl aber übliche Gelegenheitsgeschenke machen konnte.

2) Da nach § 1624 BGB. das einem Kinde innerhalb der im § 1624_2 gezogenen Grenzen als Ausstattung Gegebene nicht als Schenkung gilt, so kann der Ehemann nach § 1443 BGB. auf Grund seiner Verfügungsbefugnis über das Gesamtgut die Ausstattung dem Kinde ohne Willen seiner Frau selbständig gewähren.

Auch der Vater kann nach § 1641 BGB. in Vertretung seines Kindes diese Anstandsgeschenke vornehmen. Ob der Vater dieselben nur aus den Einkünften des Kindesvermögens bestreiten oder auch dessen Stammkapital angreifen darf, das ist wohl quaestio facti. Letzteres wird ein bonus pater familias wohl auch nicht tun, da es ihm doch in den meisten Fällen daran gelegen ist das Vermögen des Kindes zu erhalten.

In gleicher Weise wie der Vater können auch der Vormund in Vertretung seines Mündels (§ 1804 BGB.), der Vorerbe, der dem Nacherben eine Erbschaft zu erhalten hat (§ 2113_2 BGB.), der Testamentsvollstrecker, der den Nachlass verwaltet (§ 2205 BGB.), besagte Anstandsgeschenke selbständig vornehmen. Die Herausgabe einer Anstandsschenkung zur Ergänzung des Pflichtteils kann auch nicht verlangt werden (§ 2330 BGB.).

III. Fälle, in denen die Literatur zu Unrecht Naturalobligationen annimmt.

§ 8.

Es sind noch eine Reihe von Fällen verschiedenster Art im BGB. zu betrachten, die in der Literatur zuweilen als natürliche Verbindlichkeiten aufgefasst werden, die aber meines Erachtens den gemeinrechtlichen Naturalobligationen weder gleichgeartet noch ähnlich sind; ja auch nicht, wie die soeben besprochenen sittlichen Pflichten, wenigstens in gewisser Beziehung, an dieselben erinnern.[1]

a) Mangel der gesetzlich vorgeschriebenen Form.

Regel ist es nach BGB., dass die Rechtsgeschäfte formlos[2] abgeschlossen werden und der Parteiwillen ausreicht.

1) Oertmann S. 2: „In einem weiteren Sinne gehören auch die nur durch die Sitte oder den Anstand auferlegten Verpflichtungen zu den Naturalobligationen".

2) Im römischen Recht herrschte Streit darüber, ob nuda pacta eine nat. obligat. erzeugten. Die Anhänger dieser Ansicht beriefen sich auf l. 5 § 2 D 46,3. Im gemeinen Recht wurde angenommen, dass Schuldverhältnisse, die der gesetzlichen Form entbehren, Naturalobligationen begründen, sofern der Verpflichtungswille feststeht. Dernburg Pand. Bd. II § 5 Z. 6.

Hiervon statuiert das Gesetz Ausnahmen, indem es in einzelnen Fällen eine Form vorschreibt und bestimmt, dass der Mangel derselben regelmässig die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge habe. § 125 BGB. Ist trotz Nichtigkeit des Vertrages dennoch geleistet worden, so wird § 812 BGB. gemäss die Rückforderung gegeben sein. Auf Grund des § 814 BGB. den Ausschluss der condictio zu begründen, wonach es die Sitte und der Anstand erforderten auch eine formell nichtige Zusage zu erfüllen, und es unanständig wäre sich auf den Formmangel zu berufen, ist nicht berechtigt.[1]

In gewissen Fällen hat das BGB. bei obligatorischen Geschäften trotz Nichtigkeit des Vertrages eine Heilung desselben durch die Erfüllung zugelassen.[2]

Man könnte auf den ersten Augenblick hin zu der Annahme geneigt sein, dass der Gesetzgeber aus den der vorgeschriebenen Form ermangelnden Rechtsgeschäften eine unvollkommene Verbindlichkeit entstehen lässt, die dann später erfüllbar wäre.[3]

Dies entspricht jedoch nicht der ratio legis. Keine Verbindlichkeit entsteht aus einem nichtigen Vertrage, die nachträgliche Erfüllung aber soll den Mangel

1) So das ALR. II S. 695. Planck Komm. II b zu § 813, S. 585, Oertmann zu § 814 BGB. S. 544.

2) Gründe praktischer Zweckmässigkeit waren hierfür entscheidend. So z. B. Planck II zu § 313.

3) So Windscheid-Kipp § 289 2c. S. 176, Ubbelohde S. 219 u. 220 N. 3, 4, 5. Scherer zu § 766 BGB. S. 1097$_5$ spricht dieselbe Ansicht für die mündliche Bürgschaft aus. Sie erzeugt also eine natürliche Verbindlichkeit, ähnlich wie Wette und Spiel. Vgl. auch Levy S. 50 ff., Matthiass I § 72 II g., von Buchka § 10 S. 61 Anm. 8.

der Form heilen. Es handelt sich hier mithin nur um Fälle heilbarer Nichtigkeit.[1] Ist einmal erfüllt worden, so wird es dann so angesehen, als ob eine Verbindlichkeit von Anfang an bestanden habe.

In den drei hier in Betracht kommenden Fällen hat das Gesetz aus dem Grunde eine Form vorgeschrieben, um die nur in Übereilung abgegebenen Versprechen zu verhüten. Ist jedoch dasselbe erfüllt worden, so fällt jener Grund fort; denn wer erfüllt, erwägt auch meistens.

Die Erfüllung stellt das Gesetz einer in der vorgeschriebenen Form erfolgten Bestätigung des zu Grunde liegenden der Form mangelnden obligatorischen Vertrages gleich. § 141 BGB.

α) Ein Fall heilbarer Nichtigkeit ist der auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück gerichtete Vertrag. § 313 BGB. Er bedarf zu seiner Gültigkeit der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Ist diese vorgeschriebene Form beim Vertragsschluss nicht gewahrt, so wird der Vertrag dennoch seinem ganzen Umfange nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen, sonst ist und bleibt er nichtig.[2] Die Auflassung und Eintragung haben hier

1) Die Motive II S. 190 erklären ausdrücklich, dass in diesen Fällen keine absolute Nichtigkeit vorliege. Die Protokolle Bd. II S. 696 bemerken mit Recht: „Eine sittliche Pflicht, ein wegen Formmangels ungültiges Geschäft zu erfüllen, ist überhaupt nicht anzuerkennen".

2) Vgl. Motive II S. 190. Planck II S. 85 zu § 313 BGB. Endemann, Lehrb. I S. 447 Anm. 7: „Mit Rücksicht auf die wirtschaftliche Bedeutung des Grundeigentums ist der obligatorische Vertrag an die vorgeschriebene Form gebunden." Dass das BGB. sich mit der blossen Schriftlichkeit, wie es das

heilende Wirkung,[1] natürlich muss die Übertragung des Grundstücks an sich gültig und unanfechtbar sein, sonst bleibt der obligatorische Vertrag doch ungültig.

Ist der Vertrag neben dem Formmangel noch aus anderen Gründen nichtig, so kann die Auflassung und Eintragung diesen Mangel nicht heilen.[2]

Liegen diese besonderen Nebenumstände nicht vor, so ist der Vertrag dann vollgültig. Es sind daher die Parteien verpflichtet einander zu geben, was sie bei sofortiger Gültigkeit des Vertrages zu geben sich verpflichtet hatten.[3]

β) Auch bei dem vertragsmässigen Schenkungsversprechen[4] wird nach § 518 BGB. gerichtliche oder notarielle Beurkundung erfordert. § 518₂ BGB. dehnt diese Bestimmung auch auf ein Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis aus, das schenkungshalber erteilt wird. Eine Umgehung des Formerfordernisses wird durch diese Bestimmung verhindert. Das formlos ab-

ALR. I 10 §§ 15 ff. z. B. tat, nicht begnügt, begründet Endemann damit, dass „zumal bei Wirtshausgeschäften der Bauer durch Formularverträge allzuleicht übervorteilt wird." Um die leichtsinnige Eingehung dieser Verträge zu verhüten, wurde die strenge Form gewählt.

1) So auch Pr. Ges. vom 5. V. 1872 § 10.

2) Oertmann S. 62 zu § 313: „Andere etwaige Ungültigkeitsgründe wie Willensmängel werden dadurch natürlich nicht gedeckt".

3) Es treten mithin auch alle Nebenabreden in Kraft.

4) Cosack I § 139 S. 494 begründet das Formerforderniss bei Schenkungen folgendermassen: „Wegen der zarten Beschaffenheit dieser Rechtsgeschäfte soll ein Streit über die Erfüllung nicht vor die Gerichte gehören". Um die in Übereilung abgeschlossenen Verträge zu verhüten, hält er die erschwerte Formvorschrift für erforderlich.

gegebene Schenkungsversprechen ist nichtig. Der Mangel der Form kann aber durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt werden.[1] Ist das Versprechen realiter erfüllt, so kann die Leistung auf Grund der Nichtigkeit des Vertrages nicht kondiziert werden.[2]

γ) Endlich hat das Gesetz auch im § 766 BGB. eine heilbare Nichtigkeit angenommen. Zur Gültigkeit des Bürgschaftsversprechens ist die schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich.[3] Der Bürgschaftsvertrag an sich kann mündlich abgeschlossen werden und bleibt trotzdem gültig, nur auf die Erklärung bezieht sich die Formvorschrift.[4] Ist bei der Bürgschaftserklärung die Schriftform nicht gewahrt, welche auch hier in gleicher Weise ein Schutz gegen unüberlegtes Versprechen bilden soll, so ist der Vertrag nichtig. § 125 S. 1 BGB. Auch etwa bestellte Nachbürgschaften sind ungültig. Hat der Hauptbürge die Verbindlichkeit jedoch erfüllt, so soll gemäss § 766 2 BGB. der Mangel der Form durch die Erfüllung geheilt werden.[5] Die Bürgschaftserklärung ist also von Anfang an gültig und verbindlich.

1) Durch den 2. Entwurf wurde die absolute Nichtigkeit derart gemildert.

2) Da die Leistung als Realschenkung gültig wäre, so soll sie auch als Erfüllung eines früheren Schenkungsversprechens gültig sein. Crome Bd. II § 230 sub 3.

3) § 766 BGB. wurde durch die Reichstagskommission beschlossen.

4) Die Annahme seitens des Gläubigers kann also auch mündlich erfolgen.

5) Enneccerus I § 322 S. 690. Ubbelohde nimmt dagegen eine nat. obl. an. Ubbelohde, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 38 S. 220.

Wie die Hauptverbindlichkeit erfüllt wird, ist nebensächlich, auch die Erfüllungssurrogate bewirken in gleicher Weise die Heilung der Nichtigkeit.

b) Die Verbindlichkeit des beschränkt Geschäftsfähigen im Falle des § 110 BGB.[1]

Im § 110 BGB. handelt es sich um einen Fall erweiterter Geschäftsfähigkeit. Hat der gesetzliche Vertreter dem beschränkt Geschäftsfähigen persönlich oder ein Dritter mit seiner Zustimmung Geld (so Taschengeld) oder sonstige Gegenstände zur freien Verfügung überlassen,[2] so ist eine Verfügung, die der beschränkt Geschäftsfähige innerhalb der ihm bei der Überlassung gezogenen Grenzen über die Gegenstände trifft, auf Grund der in der Überlassung stillschweigend liegenden Einwilligung vollgültig.[3] Nicht nur die Veräusserung ist wirksam, nein auch der obligatorische Vertrag — negotium pendens — soll § 110 BGB. zufolge mit rückwirkender Kraft von Anfang an gültig sein. Die Vorschrift des § 108 BGB. greift hier nicht Platz.

---

1) Windscheid-Kipp, § 289 II S. 175 bezeichnet diesen Fall als eine natürliche Verbindlichkeit, indem der Mangel des an sich nichtigen Geschäfts durch die Leistung geheilt wird.

2) Sofern nicht nach §§ 1644 u. 1824 die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts dazu erforderlich ist.

3) So Enneccerus-Lehmann, I § 59 S. 137; Matthiass, § 47 S. 178; Cosack, § 55, S. 164, 65, Motive I S. 148.

Weil der zu Grunde liegende Vertrag gültig war, kann das einmal Tradierte nicht sine causa kondiziert werden.[1]

c) Die Verpflichtung zur Leistung einer unverhältnismässig hohen Vertragsstrafe.[2]

Auch bei der übermässig hohen Vertragsstrafe handelt es sich immer um eine vollkommene Obligation.

Der Grundsatz der Vertragsfreiheit ist hier vom Gesetzgeber zum Schutze der wirtschaftlich Schwachen durch das richterliche Ermässigungsrecht durchbrochen. Der Schuldner muss im Wege der Klage die Herabsetzung der zu hohen Vertragsstrafe beantragen, und

1) Dernburg, Pand. II § 5 S. 13 Anm. 7 nimmt an, dass das BGB. im wesentlichen allgemein die naturalis obligatio pupilli angenommen hat, obwohl es darüber schweigt; und dass die für jene geltenden Grundsätze des gemeinen Rechts auch heute noch gelten.

Diese Ansicht kann ich nicht teilen, da auch schon im gemeinen Recht die naturalis obligatio nur die Wirkungen äusserte, die ihr positiv beigelegt waren. Da das BGB. keinerlei Wirkungen den Geschäften des Minderjährigen, zu denen ihnen die Geschäftsfähigkeit ermangelt, beilegt, so kann auch mangels jeglicher Wirkung ihnen eine unvollkommene Verbindlichkeit nicht beigelegt werden. Vgl. auch Endemann, § 99 Anm. 7 S. 419.

2) Ubbelohde (in Iherings Jahrb. Bd. 38 S. 222 sub 9) sieht in dem Fall des § 343 BGB. ein klagloses Schuldverhältnis, da sich erst kraft des richterlichen Ermessens herausstellt, ob und in welchem Umfang die Vertragsstrafe klaglos ist. Endemann, Lehrb. I § 99 S. 418 Anm. 5 nimmt hier eine natürliche Verbindlichkeit an.

Für die von uns vertretene Ansicht ist Levy, Anhang.

der Richter hat im Prozesse hierbei jedes berechtigte Interesse des Klägers mit in Betracht zu ziehen. Ist die Vertragsstrafe ihrer vollen Höhe nach entrichtet, so wird die Möglichkeit des richterlichen Ermässigungsrechts dadurch ausgeschlossen. § 343 Abs. 1 S. 2 BGB. Nicht etwa weil eine unvollkommene Verbindlichkeit erfüllt ist, sondern weil dem Gesetzgeber ein Grund für die Herabsetzung nach der Zahlung nicht mehr als gegeben erscheint.[1]

Die ratio legis ist klar. Fällt es dem Schuldner schwer die hohe Konventionalstrafe zu entrichten, so wäre es unbillig ihm nicht die Möglichkeit einer Herabsetzung derselben zu gewähren; zahlt er jedoch gutwillig die ganze Strafe, so lässt sich annehmen, dass das Übermass derselben ihm nicht allzugross gewesen.[2]

d) Der Ersatzanspruch des Besitzers für Verwendungen nach § 1001 BGB.[3]

Der Anspruch, der dem Besitzer gegen den Eigentümer auf Ersatz von Verwendungen zusteht, ist stets vollgültig, nicht unvollkommener Natur.

---

1) Auch, wenn ein Pfand für die Vertragsstrafe bestellt ist, und der Schuldner aus dem Pfande die Befriedigung gestattete, kann Ermässigung der Vertragsstrafe nicht verlangt werden. (Windscheid-Kipp, I § 225 S. 1015).

2) Diese Erwägungen kamen auch in der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs zur Sprache (Reatz I S. 154).

3) Vgl. Matthiass, Lehrb. I § 72 II D S. 321. Enneccerus-Lehmann I § 148 II 4 S. 339; Kipp, § 589 S. 176. „Unvollkommen ist auch der Anspruch wegen Verwendungen gemäss § 1000 ff." Dagegen Levy (Anhang): „Es ist mir nur unerfindlich, wie man in § 1001 eine natürliche Verbindlichkeit erblicken kann."

Solange der Besitzer die Sachen in Händen hat, ist zwar nicht immer actio nata. Nur ein Retentionsrecht steht ihm dann zu. § 1000 BGB. Sind die Verwendungen vom Eigentümer genehmigt oder hat dieser die Sachen wiedererlangt, so kann der Besitzer auch nach § 1001 BGB. klagen. Um nun die Genehmigung herbeizuführen, ist er ferner berechtigt dem Eigentümer eine angemessene Frist zur Genehmigung der Verwendungen zu setzen (§ 1003 BGB.), damit sein Anspruch nicht nur von dem Willen des Gläubigers abhängig gemacht wird. Erklärt sich der Gläubiger binnen der Frist nicht,[1] so gilt seine Genehmigung als verweigert, und der Besitzer kann sich nun wie ein Pfandgläubiger aus der Sache der Impensen wegen befriedigen. § 1003 1 BGB.

Wir sehen, dass dem Anspruche des Besitzers hinreichende Mittel zu seiner zwangsweisen Durchführung zustehen. Dass er im einzelnen Falle nicht sofort mit der Klage vorgehen kann, beweist nicht, dass sein Anspruch ein unvollkommener im Sinne der gemeinrechtlichen naturalis obligatio ist.[2]

e) Im Falle des § 817 BGB.[3]

Das turpiter promissum, bestimmt § 817 BGB.,

1) Bestreitet dagegen der Eigentümer vor Ablauf der Frist den Anspruch des Besitzers, so kommt die Bestimmung des 1003 Abs. 2 in Betracht.

2) Dernburg, Planck, Stammler, Endemann, Oertmann und Schollmeyer erwähnen diesen Fall nicht als unvollkommene Verbindlichkeit.

3) Stammler S. 29: „Hat im Fall des § 817 BGB. der Geber durch Begründung einer Verbindlichkeit gegen sich die

kann nicht eingeklagt werden, und die condictio des Geleisteten ist ausgeschlossen; selbst wenn der Geber in turpitudine war.[1]

Das Versprechen erzeugt keine natürliche Verbindlichkeit. Es ist meines Erachtens vielmehr nach § 138 BGB. nichtig, weil es gegen die guten Sitten verstösst.

Ist das Versprechen abstrakt, so herrscht Streit. Dernburg erklärt sich für die Nichtigkeit desselben im Gegensatz zu Örtmann, Enneccerus und Kipp.

Ist aber aus dem turpiter promissum geleistet worden, so ist der Ausschluss der condictio nicht auf die Annahme einer unvollkommenen Verbindlichkeit zurückzuführen, so dass die Leistung als solutio obligationis naturalis aufzufassen wäre; vielmehr lässt das Gesetz die Rückforderung aus dem Grunde nicht zu, weil es dem gemeinrechtlichen Satze: „Si dantis et accipientis turpis causa est, potior est causa possessoris“ folgt. (l. 8 D. 12,5).[2]

Vermögenszuwendung gemacht, so kann die alsdann gegen ihn zustehende Forderung nicht eingeklagt, vielmehr von ihm rückgängig gemacht werden; aber sie besteht als eine unvollkommene Verbindlichkeit doch insofern, als das zur Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeit Geleistete als Erfüllung einer rechtlichen Schuld angesehen wird und dessen Rückforderung mithin ausgeschlossen ist. So auch Matthiass § 141 S. 703, v. Buchka § 10 sub III 4.

1) So auch l. 8 D. 12,5.

2) Übereinstimmend Oertmann S. 546. Ubbelohde S. 222. Enneccerus-Lehmann § 355 Anm. 1 S. 754. Scherer S. 1225. Levy S. 19.

f) Im Falle des § 913$_2$ BGB.[1]

Auch in diesem Paragraphen kann ich nicht ein unvollkommenes Schuldverhältnis erblicken.

Hier ist eine betagte Verbindlichkeit vorzeitig erfüllt und die Rückforderung aus dem Grunde ausgeschlossen, weil die betagte Verbindlichkeit in Wirklichkeit schon als Forderung bestand, durch Zahlung also rite getilgt wurde. § 271 BGB.[2]

Eine klaglose Verbindlichkeit, wie die naturalis obligatio, ist die betagte Forderung nicht, nur ihre prozessuale Geltendmachung, die Fälligkeit, wird bis zum Eintritt des dies hinausgeschoben.

g) Das Verlöbnis.

In der Literatur[3] wird als ein weiteres Beispiel für die Naturalobligation das Verlöbnis des BGB. (§ 1297 ff.) erwähnt.

In diesem Falle haben wir es jedoch nicht mit einer der gemeinrechtlichen naturalis obligatio gleichartigen oder ähnlichen Erscheinung zu tun, da jene stets eine vermögenswerte, wenn auch klaglose, Leistung zum Inhalte hat. Eine Leistung[4] in diesem Sinne wird

1) v. Buchka sieht in der vor Eintritt erfüllten betagten Verbindlichkeit eine klaglose Obligation im Sinn der römischen Naturalobligation, § 10 III$_2$ S. 62.

2) Vgl. auch l. 10 D. 12,6.

3) Stargard, Anspruchs- und Klagenverjährung S. 37 Anm. 72.

4) Vgl. Hanausek S. 318. Er erklärt die Fassung des § 1297 des Entwurfs: „Durch das Verlöbnis wird eine

man wohl kaum in der Eingehung der Ehe erblicken können.

Immerhin bleibt, da das BGB. das Verlöbnis im § 1297 anerkennt, nur die Klage auf Eingehung der Ehe aus ihm versagt. Eine rechtliche Verpflichtung der Nupturienten auf Schliessung der Ehe muss angenommen werden. Da ihr aber die Klage ermangelt, könnte sie insofern als ein unvollkommenes Schuldverhältnis bezeichnet werden. Damit ist der deutschrechtlichen Auffassung Rechnung getragen, dass zwischen den Verlobten ein familienrechtliches, zur Treue verpflichtendes, Band begründet wird.[1] [2]

Verbindlichkeit nicht begründet," dadurch, dass es sprachwidrig gewesen wäre die „Schliessung der Ehe" als eine Leistung anzusehen.

1) v. Scheurl, Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 74 S. 388—89 verlangt dies schon für den Entwurf. Vgl. auch Gierke S. 395, 96.

2) Die rechtliche Behandlung des Verlöbnisses, auf die noch kurz eingegangen werden soll, war stets eine sehr verschiedene. Im römischen Recht wurde jeder Zwang zur Eingehung der Ehe versagt. l. 1 c. de sponsalibus 5,1. Das gemeine Recht gab auf Grund des kanonischen Rechts die actio matrimonialis oder ex sponsu auf Zwangskopulation, eventuell auf Schadensersatz. Nur der Anspruch auf Schadensersatz allein konnte im Wege der Zwangsvollstreckung durchgeführt werden, da nach §§ 888 $_2$ u. 894 $_2$ CPO. ein auf Eingehung der Ehe lautendes Urteil nicht vollstreckt werden kann. In den neueren Kodifikationen erkennen einzelne Gesetze einen klagbaren Anspruch auf Eingehung der Ehe an. So die Mecklenburger VO. v. 18. 2. 1846 und das Lübecker Gesetz vom 26. 10. 1863. Andere Rechte geben wieder nur eine Klage auf Schadensersatz. So das sächsische BGB. § 1579, das württembergische, hessische etc. Endlich versagen einzelne Rechte jede Klage und geben der Verbindlichkeit keinen Rechtsschutz. So das badische Gesetz vom 9. 12. 1875. Das BGB. hat sich der vermittelnden Ansicht angeschlossen und versagt die Klage auf Eingehung der Ehe, weil dieselbe durch freien Entschluss der Brautleute zustande kommen soll.

Anhang.

Findet sich die naturalis obligatio auch in anderen Reichsgesetzen?

Nachdem wir unsere Betrachtungen für das BGB. beendet haben, erübrigt es sich noch einiger wichtiger Fälle aus anderen Reichsgesetzen Erwähnung zu tun, bei denen von einer naturalis obligatio im Sinne des gemeinen Rechts gesprochen wird, bezw. gesprochen werden kann.

§ 9.

Haftet der Kridar aus den im Zwangsvergleiche erlassenen Forderungen noch naturaliter?

Es fragt sich, ob der Gemeinschuldner für die ihm im Zwangsvergleiche erlassenen Forderungen noch naturaliter zur Voll- bezw. Nachzahlung derselben verpflichtet sei?

Bei der Beantwortung dieser Frage sind die Ansichten sehr geteilt.[1]

Die Motive finden zwar „kein Bedürfnis" dafür vorhanden die condictio dem Kridar zu versagen, wenn er seine Gläubiger über die im Zwangsvergleiche festgesetzte Rate hinaus befriedigt hat.[2] Hiernach würden die betreffenden Forderungen, die im Zwangsvergleiche nicht festgesetzt wurden, schlechthin untergehen.

Doch in dieser rechtlichen Auffassung der Motive liegt eine bedenkliche Verkennung der ethischen Aufgaben des Rechts.[3] Daher wird auch in der Literatur vorherrschend angenommen, dass der Gemeinschuldner auch den irrtümlich die festgesetzte Rate übersteigenden

---

1) Vgl. Motive Bd. II S. 833.

2) Nach Dernburgs Ansicht (BR. II $_1$ S. 11 Anm. 11) ist diese Äusserung der Motive nach Abänderung des Entwurfs bedeutungslos geworden. Vgl. auch Seufferts Archiv Bd. 45 Nr. 7

3) Oertmann zu § 814, S. 543.

bezahlten Mehrbetrag nicht zurückfordern kann, weil er damit einer moralischen Pflicht genügt hat. § 814 BGB.

Aber noch weiter möchte ich gehen und nicht blos eine moralische Pflicht, da deren Wirkung nur allein in der Erfüllung liegt, sondern sogar eine unvollkommene Verbindlichkeit hier annehmen.

Die ratio legis ist die, die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs soll ausgeschlossen, nicht aber dieser selbst vernichtet werden.[2] Ist doch der Zweck des Zwangsvergleiches der, den Schuldner für die Zukunft zu entlasten. Dieser aber wird hinreichend dadurch erreicht, dass der Gesetzgeber die zwangsweise Geltendmachung des Anspruchs gegen den Gemeinschuldner ausschliesst, ohne in das materielle Recht weiter einzugreifen.[3] Deshalb sind Klage und Kompensation unzulässig, jeder auch indirekte Zwang soll versagt bleiben.

§ 193 d. KO. gibt uns ferner noch einen schlagenden Beweis für das Fortbestehen einer Naturalobligation nach dem Zwangsvergleiche. Hiernach haften die Mitschuldner und Bürgen des Kridars seinen Gläubigern gegenüber

1) Übereinstimmend Oertmann Erläut. zu § 814 S. 544. Meisner Komm. zu § 814 S. 282. Kuhlenbeck Erläut. zu § 814 sub N. I. Anderer Meinung Planck II S. 585.

2) Für die Annahme einer natürlichen Verbindlichkeit nach dem Zwangsvergleiche sprechen sich bejahend aus: Enneccerus-Lehmann I § 148, II$_6$ S. 339; Matthiass I § 72, S. 322 sub J.; Kohler, Leitfaden d. Konkursrechts S. 129, Dernburg, Pand. II § 5 S. 15.

3) Die Entscheidung des obersten Gerichtshofes in Baiern vom 13. Jan. 1882 Bd. IX S. 461 legt dem Zwangsvergleiche die gleiche Wirkung bei: „Es wird durch denselben der ursprüngliche Grund der Forderung . . . . . nicht berührt. Aber die Rechte hinsichtlich der Geltendmachung der von dem Akkord betroffenen Forderungen werden durch denselben beeinflusst“

auch nach dem Zwangsvergleiche weiter, und ebenfalls bleiben Pfänder und Hypotheken bis zum vollen Betrage, also auch soweit die Forderung erloschen ist, verhaftet. Wegen der akzessorischen Natur dieser Rechte müssen wir hier auf das Vorhandensein einer unvollkommenen Verbindlichkeit schliessen.[1] Auch ein gültiges Zahlungsversprechen, d. h. ein späteres Versprechen den Betrag zu zahlen, ist gültig und stellt keine Schenkung dar, unterliegt daher auch keiner Formalität.[2] Ebensowenig ist das zur Erfüllung des Ausfalls seitens des Kridars oder eines Dritten Geleistete donatio, vielmehr solutio debiti.[3]

1) Meyer kommt zu demselben Ergebnis. Meyer S. 57 „Mit der Beseitigung der Klage werden die durch den Zwangsvergleich verfolgten Zwecke genügend erreicht."

2) Kohler, S. 129.

3) Dernburg Pand. II § 57 S. 15 sagt: „Der Gemeinschuldner bleibt naturaliter zur Vollzahlung verpflichtet. Zahlt er später das Erlassene nach, so ist das Schuldtilgung, keine Liberalität.

Vgl. auch Entsch. d. RG. v. 11. Juli 1898, Bd. 42 S. 118. Anderer Ansicht Burkhard „zum Begriff der Schenkung" in der Festgabe für Immanuel Bekker S. 133.

§ 10.

Die in der Literatur vielfach als Naturalobligation bezeichnete Verpflichtung des Schuldners aus einem präjudizierten Wechsel.

Auch im Falle der Präjudizierung eines Wechsels wegen verspäteter Protesterhebung wird eine Naturalobligation zu Lasten des Indossanten angenommen.[1]

Dieser Ansicht stimme ich nicht bei.[2] Die Regressansprüche des Wechselinhabers gegen den Indossanten und den Aussteller sind nur bedingte. Für ihre Entstehung hat die Wechselordnung bestimmte Voraussetzungen aufgestellt. Der Wechsel muss nämlich zur Zahlung präsentiert und sowohl diese Präsentation als auch die Nichterlangung der Zahlung durch einen rechtsförmlichen, als auch rechtzeitigen Protest festgestellt sein. — Art. 41 KO. — Ist eine dieser Voraussetzungen nicht gewahrt, so fehlt eine condicio juris für den Regressanspruch. Dieser kommt somit garnicht zur Entstehung; mithin kann auch von einer Naturalobligation nicht gesprochen werden.

---

1) So das Obertribunal zu Berlin in Seufferts Archiv Bd. 18 n. 140.

2) Übereinstimmend mit unserer Ansicht Windscheid § 289 Ziffer 3 Note 6 S. 169.

§ 11.

Bleibt nach rechtskräftiger Aberkennung eines Anspruchs eine Naturalobligation übrig?

Die CPO. enthält im § 325 keine Bestimmungen über die materiellen Wirkungen der Rechtskraft.[1]

In Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts möchte ich die Frage bejahend beantworten. Ist ein Anspruch rechtskräftig aberkannt, so bleibt meines Erachtens eine Naturalobligation übrig. Diese äussert jedoch nur in beschränktem Masse ihre rechtliche Wirksamkeit. Wird nämlich der zu Unrecht abgewiesene Anspruch in Kenntnis des Judikats freiwillig erfüllt, so ist die solutio Zahlung, nicht Schenkung.[2]

Hat aber der Schuldner in Unkenntnis des Urteils gezahlt, so kann er das irrtümlich Geleistete zurückfordern, weil im Konflikt mit der Rechtskraft des Urteils die naturalis obligatio zurückstehen muss.[3]

Ebenfalls ist auch die Kompensation mit dem rechtskräftig abgesprochenen Anspruche ausgeschlossen,

---

1) Das BGB. hat die Frage nicht berührt, der Entwurf nahm ihr gegenüber eine ablehnende Stellung ein, Motive I S. 370.

2) Vgl. Windscheid, § 289 Ziff. 2. Dernburg, Pand. II § 5 Ziff. 5 u. Anm. 13. Schwanert, S. 437 ff.

Andere Meinung Eugen Meyer S. 80. Die Gegner berufen sich insbesondere auf die l. 13 D. 20,6.

3) Schwanert S. 439: „Die Obligatio als naturalis bleibt bestehen, aber nur in dem durch die Bedeutung der res judicata gestatteten Umfange."

weil sonst indirekt die materielle Rechtskraft des Urteils beseitigt würde.[1] Sicherstellungen und Verbürgungen sowie Zahlungsversprechen werden gültig[2] sein, wenn sie in Kenntnis der Aberkennung des Anspruchs geschehen sind. Erfolgen sie jedoch in Unkenntnis, so sind sie aus gleichen Gründen, wie bei der irrtümlichen Zahlung, nicht rechtsbeständig.

1) Vgl. Windscheid § 129 N. 7. Schwanert S. 444, 449.
2) Dernburg, Pand. II S. 14 Nr. 5 u. Anm. 13.